

ESSAI SUR LES
CONFLITS DE LOIS EN TUNISIE
EN MATIÈRE DE DROIT DE FAMILLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le jeudi 5 juin 1930, à 2 heures

PAR

Raymond SCEMAMA

AVOCAT AU BARREAU DE TUNIS

ANCIEN SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DU STAGE

Président : M. RIPERT *professeur.*
Suffragants { MM. BARTIN *professeur.*
 ROUAST *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT, (3^e ARR^t)

—
1930



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552826_0027

ESSAI SUR LES
CONFLITS DE LOIS EN TUNISIE
EN MATIÈRE DE DROIT DE FAMILLE

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

ESSAI SUR LES CONFLITS DE LOIS EN TUNISIE

EN MATIÈRE DE DROIT DE FAMILLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le jeudi 5 juin 1930, à 2 heures

PAR

Raymond SCEMAMA

AVOCAT AU BARREAU DE TUNIS

ANCIEN SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DU STAGE

Président : M. RIPERT professeur.
Suffragants { MM. BARTIN professeur.
ROUAST professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT, (3^e ARR^t)

—
1930

*24947



INTRODUCTION

En raison de la grande diversité des éléments autochtones de la Tunisie, et de la présence d'une multitude hétéroclite d'européens qui la peuplent, portant chacun l'empreinte ineffaçable de sa race, et, malgré le commerce continuel imposé par les besoins impérieux d'une existence commune, professant chacun le culte le plus profond de ses croyances, de ses traditions et de ses lois, — le problème des conflits internationaux de lois, surtout dans le droit de famille, ne peut manquer d'éveiller et d'appeler la curiosité, de solliciter l'attention et provoquer, dans l'esprit juridique, une sorte d'engouement à vouloir démêler l'écheveau de ces faits complexes par une étude approfondie, qui se justifie amplement, étant donné l'existence de l'admirable champ d'application que représente à cet égard ce pays cosmopolite.

Depuis la plus haute antiquité, voire même les premiers âges de l'humanité naissante, la Tunisie, placée de par sa situation géographique et sa configuration physique, sur la grande route côtière

qui relie les continents, a servi de lieu de passage, parfois de camp d'arrêt aux peuplades échappées d'Asie, à la recherche d'une terre au climat doux, à la végétation et à la faune prospères.

Comprise entre l'Algérie à l'Ouest, le Sahara et la Tripolitaine au Sud, la mer au Nord et à l'Est, elle est située à l'extrémité de l'Afrique mineure, formant l'un des côtés du détroit de Sicile qui relie les deux bassins de la Méditerranée.

Occupant cette place centrale, qui la rapproche de tous les points de cette mer, tournée à la fois vers le Levant et vers l'Europe, elle devait donc, par prédestination, devenir le théâtre de grands événements historiques, ou pour le moins, le refuge d'une foule de races, déversées sur son territoire à la suite de près de dix invasions.

Les premiers hôtes de la contrée d'Afrique auraient été les Atlantes, personnages teints de légende. Il est certain, au contraire, que ce furent les Etrusques, les Basques, les Ibères, les Berbères qui, abandonnant les rives de la mer Noire, vinrent se mêler à des populations venues les unes de l'Ouest, les autres d'Egypte, pour constituer le peuple libyen.

Puis, les Crétois, suivis des Phéniciens, fondèrent leurs comptoirs commerciaux vers le ^{xii}^e siècle avant Jésus-Christ, et l'empire carthaginois put ainsi prendre corps et épanouir la splendeur de sa

civilisation, que les Romains, dans leur ambition d'étendre Rome aux limites de l'univers, se chargèrent de détruire pour y élever leur orgueilleuse et splendide province d'Africa, regorgeant de richesses et couverte de monuments qui bravent encore le temps.

Mais toutes ces invasions n'affectèrent guère la masse de la population. Ce fut le mouvement d'immigration arabe, conséquent à la chute de l'empire byzantin, qui fondit dans un même creuset conquérants et conquis pour former le fond de la population tunisienne, à laquelle sont venus peu à peu apporter leurs éléments contributifs les négociants italiens, maltais, espagnols et enfin les Français depuis le ^{xviii}^e siècle.

Ce monde hétéroclite, représentatif de toutes les nations qui peuplent le bassin méditerranéen, en y incorporant toutefois, la colonie israélite, établie déjà depuis la fondation de Carthage, renforcée par une deuxième immigration au temps de Titus et une troisième après la chute du royaume des Abencérages d'Andalousie, forme aujourd'hui la population de la Tunisie.

Les rapports juridiques qui découlent de la coexistence sur le même sol de ces éléments disparates, les conflits internationaux qui en résultent dans le domaine du droit de famille, voilà l'objet du présent travail.

Du choc des civilisations les plus opposées, du contraste des législations si variées qui régissent en Tunisie, Européens, Musulmans, Israélites naissent les conflits de lois les plus complexes, les plus délicats. Comment trancher de pareils conflits internationaux de lois ? Quels principes dirigent les juges dans ce labyrinthe de lois d'autant plus inextricable que nous vivons dans un pays simultanément soumis à deux souverainetés indépendantes, la souveraineté beylicale, et, depuis l'établissement du protectorat de la France en 1881, la souveraineté française.

Nous nous proposons d'étudier justement les conflits de lois dans la matière si riche du droit de famille, au sens large où nous prenons cette expression, c'est-à-dire en y comprenant les successions.

Nous diviserons notre étude en deux parties. Dans la première, nous essaierons de montrer les causes de l'originalité du droit international privé en Tunisie. Dans la seconde, nous analyserons les conflits de lois en matière de droit de famille.

PREMIÈRE PARTIE

CAUSES DE L'ORIGINALITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN TUNISIE

Le droit international privé, cette science qui a pour objet de régler les rapports des individus de nationalité différente, est, en l'état actuel des choses, un droit essentiellement national, en ce sens que ses règles diffèrent d'un pays à l'autre. Chaque Etat, jouissant d'une souveraineté propre, s'estime seul juge de déterminer les limites de l'application des lois étrangères sur son territoire et de sa propre loi dans les autres Etats ; en d'autres termes, l'Etat souverain pose arbitrairement les règles qu'à tort ou à raison il croit justes et qui permettent de résoudre les conflits de lois nés sur son territoire. C'est ainsi qu'il y a des règles spéciales à la France, à l'Angleterre, à l'Italie ; il y a autant de règles de droit international privé qu'il y a d'Etats différents, et les tribunaux d'un pays donné sont tenus d'appliquer exclusivement les règles établies par le législateur de ce pays.

En Tunisie, où, depuis 1881, a été institué le protectorat de la France, — où, à côté des juridictions locales, fonctionnent depuis 1883 des tribunaux composés de magistrats français, et dont l'organisation a été calquée fidèlement sur celle des tribunaux de la France métropolitaine, l'on serait tenté d'affirmer, à première vue, que la Tunisie a été absorbée par la France, et, par suite, que les règles de droit international sont exactement les mêmes dans les deux pays. Les tribunaux de Tunisie ne sont-ils pas, après tout, chargés d'appliquer les dispositions législatives en vigueur sur le territoire français? Ne sont-ils pas les juges naturels de tous les ressortissants français? Fragments de la souveraineté française transportés en Tunisie, ne doivent-ils pas appliquer strictement les principes posés en matière internationale par le législateur français?

Il n'en est rien, et ce serait une erreur grossière que de soutenir pareilles affirmations. La Tunisie possède son système propre de solutions des conflits de lois. Le droit international privé appliqué par les tribunaux français en Tunisie, s'il se rapproche sensiblement de celui de la France, s'en écarte pourtant. Cela tient aux principes qui sont à la base même de l'organisation politique et judiciaire de la Tunisie. Ces principes qui modifient le droit international privé en Tunisie, au point

de lui conférer un caractère particulariste, nous allons les étudier dans trois chapitres que nous intitulerons :

Chapitre I^{er}. — La Tunisie en droit public.

Chapitre II. — La Tunisie et les capitulations.

Chapitre III. — Caractères du conflit de lois en Tunisie.

CHAPITRE PREMIER

LA TUNISIE EN DROIT PUBLIC

Depuis le 12 mai 1881, date de la signature du traité du Bardo, la Tunisie est placée sous le « protectorat » de la France. Ce mot de « protectorat » que l'on ne trouve exprimé que dans la convention de la Marsa, signée postérieurement au traité du Bardo, le 8 juin 1883, n'a pas, en droit public, un sens technique bien précis. Il ne faut pas croire, en effet, qu'il existe un régime politique appelé « protectorat », ayant des règles immuables, des principes solides et des contours bien arrêtés : rien ne ressemble moins au protectorat de la France sur la Tunisie que les protectorats anglais du Hedjaz. Sous la même étiquette de protectorat, on groupe des régimes politiques qui n'ont de commun que le trait suivant : l'Etat soumis au régime du protectorat, tout en entendant garder sa personnalité politique, abandonne à un Etat puissant, dont il devient, sous une forme voilée, le vassal, l'exercice de ses droits de souveraineté extérieure, et lui laisse une large initiative dans l'administration interne du pays. Mais ce n'est pas là une définition, ou plutôt cette définition n'est pas assez compréhensive, et c'est pourquoi, si l'on veut connaî-

tre avec précision le régime politique actuel de la Tunisie, il convient de se référer exclusivement aux deux textes diplomatiques qui l'ont institué, le traité du Bardo (12 mai 1881), et la convention de la Marsa (8 juin 1883), qui confirme et complète le traité du Bardo (art. 4).

D'une manière générale, le régime politique de la Tunisie se caractérise par la coopération permanente de l'Etat protecteur, — la France, — et de l'Etat protégé, — la Tunisie, — au gouvernement et à la gestion des affaires du pays protégé.

L'Etat protégé subsiste en droit, en sa qualité d'Etat, ayant sa souveraineté propre ; il n'est pas absorbé par l'Etat protecteur, ce en quoi le protectorat diffère du régime de l'annexion appliquée en Algérie ; l'Etat protégé conserve son autonomie et ne fait pas partie intégrante de l'Etat protecteur. La France n'a pas touché au régime constitutionnel de la Tunisie. L'Etat tunisien continue donc à exercer sa souveraineté à l'égard des sujets tunisiens, sur le territoire tunisien, par l'organe du chef du gouvernement, Son Altesse le Bey de Tunis, « possesseur du royaume de Tunis ». Il y a bien une souveraineté nouvelle, celle de la France, qui s'exerce sur le même territoire, mais elle est indépendante et ignore la souveraineté beylicale. Les deux souverainetés coexistent en Tunisie, mais elles ont leurs organes distincts et

théoriquement indépendants les uns des autres. Ce trait de la coexistence sur le même sol de deux souverainetés distinctes et indépendantes a été mis en relief maintes et maintes fois par les tribunaux. C'est ainsi que le tribunal de Tunis a décidé par jugement du 24 juin 1889, confirmé par la Cour d'Alger le 20 mai 1890, que le gouvernement beylical ayant conservé son autonomie, ne peut être obligé de plaider contre un Tunisien, en matière personnelle et mobilière, devant la juridiction française. Un arrêt de la Cour d'Alger du 21 novembre 1889 proclame que la juridiction beylicale et les tribunaux français institués dans la Régence émanent de deux souverainetés distinctes et indépendantes (Cf. encore Tunis, 14 août 1890; Rép. Tilloy, v° Administration générale, n° 45) (1).

(1) La Cour de cassation vient, dans un important arrêt du 28 février 1930 (publié dans la *Gazette du Palais* du 5 mai 1930), de casser, sur rapport de M. le Conseiller Bourgeon, ancien procureur de la République à Tunis, un arrêt de la Cour d'Appel d'Alger, qui a méconnu, ce qui, du reste, lui arrive fort souvent, comme nous le verrons par la suite, le principe de l'autonomie législative de la Tunisie par rapport à la France. Voici quelques attendus de cette intéressante décision : « Attendu que le traité du Bardo du 12 mai 1881 et la convention de la Marsa du 8 juin 1883, qui ont établi en Tunisie le protectorat de la France, ont été ratifiés par des lois françaises du 27 mai 1881 et du 9 avril 1884 ; qu'en vertu de ces traité et convention, la Régence de Tunis a conservé, sous le contrôle de la puissance protectrice, son autonomie législative ; qu'il résulte des documents officiels versés au dossier que le principe de cette auto-

De ce que la Tunisie n'a pas, du fait de l'établissement du protectorat, perdu sa qualité d'Etat ayant une souveraineté propre, découlent des conséquences dont notre étude permettra de mesurer ultérieurement toute l'étendue et toute l'importance.

Tout d'abord la Tunisie demeure vis-à-vis de la France elle-même, un territoire étranger, et n'est pas assimilée aux colonies françaises. C'est un pays de protectorat. Elle ressortit non au ministère des colonies, mais au ministère des affaires étrangères. Comme avant l'occupation française, il existe encore des consuls de France, et ce sont les contrôleurs civils, chargés de surveiller l'administration tunisienne qui font office de vice-consuls de France. Des publicistes éminents (Cf. Cave, *Sur les traces de Rodd Balek*, 1929, édition du comité de l'Afrique française) se sont élevés, pour des raisons d'ordre politique que nous n'avons pas à apprécier ici, contre cette conception de la Tunisie pays étranger, conception qui est pourtant la seule conforme aux principes, et qui est la seule admise par le gouvernement français lui-même, et la seule

nomie législative a été et est exactement observé par les deux puissances contractantes; que dès lors les tribunaux sont tenus de s'y conformer ». Voilà définitivement fixée par la Cour Suprême la véritable condition de la Tunisie, Etat autonome quoique soumis au protectorat de la France (Cf. encore, Alger, 22 janvier 1914, *Gaz. Pal.*, I, 1912-1920, v^o Algérie-Tunisie-Maroc, n^o 298).

affirmée à diverses reprises par les tribunaux (Cons. Rév. Alger, 23 avril 1885).

En second lieu, les sujets de l'Etat protégé conservent leur nationalité ; il existe une nationalité tunisienne, qui est celle de tous les sujets de S. A. le Bey. Tous les musulmans et israélites nés ou domiciliés dans la régence sont présumés tunisiens, s'ils ne justifient pas posséder une nationalité différente. La nationalité tunisienne ne se transmettant qu'en vertu du *jus sanguinis*, ne peut s'acquérir en vertu du *jus soli* ou par voie de naturalisation. Le Bey conserve un droit absolu sur tous ses sujets ; c'est lui qui légifère, et s'il ne rend plus directement la justice, c'est que, depuis 1906, il a délégué son pouvoir juridictionnel à des tribunaux tunisiens, qui appliquent les codes et les décrets promulgués par le Bey et qui rendent la justice en son nom.

Nous en arrivons donc à cette conclusion, c'est que le régime du protectorat laisse intacte la personnalité de l'Etat protégé. Mais, si la Tunisie demeure un Etat, et a gardé théoriquement sa souveraineté, du moins sa capacité a été modifiée et restreinte par l'établissement du protectorat de la France.

Au point de vue extérieur, le Bey a abandonné tous ses droits de souveraineté à la France, qui est ainsi devenue, pour ainsi dire, le ministre des

affaires étrangères de la Tunisie. A l'étranger, la représentation diplomatique de la Tunisie est assurée par les agents français accrédités auprès des gouvernements étrangers.

En Tunisie, les consuls des différentes puissances sont accrédités auprès du Bey mais présentent en pratique leurs lettres de créance au Résident Général, représentant de la France en Tunisie, et ministre des affaires étrangères de la Tunisie, qui les introduit auprès du Bey. Depuis 1881, c'est la France qui a seule qualité pour conclure des traités avec les nations étrangères ; dans le traité du Bardo, le Bey s'interdit pour l'avenir de conclure des traités sans l'assentiment de la France. En résumé, suivant l'excellente formule de Cave, pseudonyme qui cache, dit-on, un haut fonctionnaire de la régence, « vis-à-vis de l'étranger, le domaine français est un bloc qui n'a qu'un gouvernement et une volonté, ceux de la France ».

Au point de vue interne, la France a en mains l'armée et la marine. L'article 1^{er} de la Convention de la Marsa lui confère un droit d'initiative absolu dans les affaires de la Tunisie. Cet article est ainsi conçu : « Afin de faciliter au gouvernement français l'accomplissement de son protectorat, S. A. le Bey de Tunis s'engage à procéder aux réformes administratives, judiciaires et financières que le gouvernement français jugera utiles ». L'intermé-

diaire entre le gouvernement du Bey et le gouvernement français est le Résident général, dépositaire des pouvoirs de la République dans la Régence (Décret franç. du 23 juin 1885). En pratique donc, et en vertu de ce large pouvoir d'initiative, c'est le Résident général qui procède aux réformes utiles à la Tunisie et prépare les décrets qui, sans l'intervention d'un organisme législatif spécial, sont promulgués par le souverain tunisien et publiés au *Journal Officiel Tunisien*. Le décret du Président de la République française du 10 novembre 1884 a conféré au Résident général l'autorité nécessaire pour promulguer au nom du Président les décrets tunisiens et leur donner ainsi force exécutoire à l'égard des Européens vivant sur le territoire tunisien. Les cadres de l'administration tunisienne sont constitués par des fonctionnaires français qui contrôlent l'administration tunisienne, et ont, en fait, la gestion de toutes les affaires administratives de la Régence.

Ainsi, de cette rapide esquisse, ressort clairement que la Tunisie si, en pratique, elle est une véritable colonie française administrée et gouvernée par la France, n'en a pas moins conservé, en droit, sa personnalité d'Etat et son autonomie politique au point de vue interne. Nous verrons par la suite l'importance considérable de ce principe et ses conséquences dans le domaine du droit international privé.

CHAPITRE II

LA TUNISIE ET LES CAPITULATIONS

Comme tous les pays faisant partie de ce qu'on appelle les Echelles du Levant et de Barbarie, la Tunisie est un pays de capitulations. Sous ce terme de « capitulations », l'on désigne des traités par lesquels, de très bonne heure, les puissances européennes ont obtenu, dans certains pays de civilisation spéciale, des concessions exorbitantes et contraires aux principes du droit public européen, en faveur de leurs nationaux résidant dans ce pays. L'avantage le plus précieux du régime capitulaire consiste dans le privilège pour tout Européen de pouvoir être jugé civilement et pénalement par son consul, et dans la possibilité de se soustraire ainsi aux juridictions locales.

Jamais, dans un Etat de civilisation avancée, ayant conscience de sa souveraineté, le soin de rendre la justice n'est laissé à des juridictions émanant d'une autre souveraineté : ce serait un empiètement qu'aucun Etat ne tolérerait parce qu'il porterait atteinte à son indépendance. Les

tribunaux d'un Etat ont seuls qualité pour trancher tous les litiges nés sur le territoire de cet Etat, ce qui ne veut pas dire naturellement qu'ils appliquent exclusivement au fond même des litiges leur loi interne, même lorsque les parties sont de nationalité étrangère : mais si dans ce cas, ils appliquent la loi étrangère, ce n'est que par application des règles du droit international privé, telles qu'elles ont été posées par le souverain au nom duquel ils rendent la justice.

En Tunisie, il n'en a jamais été de même. Depuis le moyen Age, les étrangers jouissent de nombreux privilèges que le souverain local leur a reconnus dans les capitulations. Nous n'avons pas à rechercher ici les raisons qui ont déterminé l'octroi de pareilles concessions. Mais il importe néanmoins de noter que la Tunisie, à l'instar de tous les autres pays musulmans, était régie, depuis la conquête arabe, par la loi de Mahomet, sans distinction entre les préceptes d'ordre religieux et ceux d'ordre exclusivement juridique. Comment cette loi réservée aux seuls disciples de Mahomet, un souverain musulman aurait-il osé l'appliquer aux étrangers résidant en Tunisie, c'est-à-dire à des infidèles ? Du point de vue européen, comment remettre le sort de justiciables européens à des tribunaux composés de musulmans, doués d'une mentalité toute opposée, ayant de la justice une

conception toute orientale, et n'offrant aucune garantie d'impartialité ?

La France a été l'une des premières puissances européennes à signer des traités directs avec la Tunisie. Peu de temps après la mort de saint Louis à Carthage, son fils Philippe III signa un traité avec le sultan hafside Abou-Abdallah Mohammed le 20 novembre 1270. Mais les capitulations les plus importantes sont celles du 25 novembre 1665, du 30 août 1685, du 1^{er} juillet 1728 et du 9 novembre 1742 (Cf. Alphonse Rousseau, *Annales Tunisiennes*, Alger, Bastide, 1864, textes complets des différents traités, pp. 474 et suivantes). En vertu de ces traités, le consul de France a pouvoir de juridiction sur tous les Français, sujets ou protégés ; il a même le pas sur les consuls des autres puissances : « Aura ledit Consul la prééminence sur tous les autres consuls » (Capit. de 1685, art. 18). Les Français jouissent, en outre, de ce que dans les traités commerciaux modernes l'on appelle la clause de la nation la plus favorisée : « A l'avenir, les Français jouiront à Tunis de plus grands privilèges et exemptions de gabelles que toutes les autres nations ainsi qu'il a été stipulé par les anciens traités, et ladite Régence ne pourra pas accorder à d'autres nations de plus grands privilèges que ceux dont jouit la nation française, sans en avoir informé auparavant ladite nation, quoi-

que cette clause ne soit pas contenue dans les précédents traités (Art. 6 de la Capitulation du 1^{er} juillet 1728) ». Bien plus, la France a un droit de protection générale sur tous les Européens résidant en Tunisie et ressortissant à une puissance n'ayant pas une représentation officielle en Tunisie. Notons enfin, en passant, à titre de curiosité, les titres pompeux conférés au roi de France dans la capitulation du 8 août 1830 : « Au nom de Dieu, clément et miséricordieux, ce traité qui comble tous les vœux et qui doit concilier avec l'aide de Dieu tant d'intérêts divers, a été conclu entre : La merveille des princes de la nation du Messie, la gloire des peuples adorateurs de Jésus, l'Auguste rejeton des rois, la Couronne des monarques, l'objet resplendissant de l'admiration de ses armées et des ministres, Charles X, Empereur de France ».

D'autres puissances européennes obtinrent aussi des traités leur accordant de multiples concessions, notamment le privilège de juridiction à l'égard de leurs nationaux. On trouvera tous ces textes dans l'ouvrage si documenté de M. Alphonse Rousseau, consul de France, que nous avons déjà cité. Mais la nation la plus favorisée et la plus influente fut toujours la France, et la politique extérieure des rois de France contribua grandement à accroître son prestige auprès des beys de Tunis.

La France établit, en 1881, son protectorat sur la Tunisie. Que vont devenir ces capitulations, qui ont accordé à tous les Européens ce droit exorbitant d'être jugés par leur consul, et selon leur loi nationale ? En d'autres termes, l'établissement du protectorat a-t-il eu pour effet de modifier cette situation privilégiée, accordée à tous les Européens sans aucune distinction ? La Tunisie n'est-elle plus un pays de capitulations ?

Les capitulations ont été conclues par le Bey avec des Etats tiers, c'est-à-dire autres que la France. Ils n'ont donc pu être dénoncés que par un accord intervenu entre la puissance signataire de chaque traité, d'une part, et le Bey, ou plus exactement depuis 1881, son représentant à l'étranger, la France. Si cette dénonciation n'est pas faite, le seul établissement du régime de protectorat ne suffit pas pour rendre caduques les capitulations dont jouissent les Etats Européens, M. Pic, dans un article (*Revue générale de droit international*, 1896, p. 623, *De l'influence de l'établissement d'un protectorat sur les traités antérieurement conclus avec des puissances tierces par l'Etat protégé*), a prétendu le contraire, et écrit : « Les puissances tierces, par cela même qu'elles reconnaissent le protectorat avec toutes ses conséquences, consentent *ipso facto*, sinon à l'abrogation immédiate, du moins à la dénonciation dans

un délai rapproché de toutes les conventions antérieures ... ». Mais cette thèse repose sur une interprétation peut-être audacieuse de la volonté des hautes parties contractantes. Du fait de la reconnaissance du protectorat de la France sur la Tunisie, les puissances étrangères n'ont pas entendu renoncer aux privilèges qu'ils tiennent des capitulations : cela est certain pour l'Italie, par exemple, qui, par la suite, acceptera non pas de supprimer sa juridiction consulaire mais simplement de « suspendre » son fonctionnement (Cf. Protocole de 1884, Accords de 1896). Bien mieux, la France elle-même, en signant le traité du Bardo, a fait insérer dans ledit traité, justement pour parer aux difficultés d'ordre diplomatique, une clause aux termes de laquelle « le gouvernement de la République Française se porte garant de l'exécution des traités actuellement existants entre le gouvernement de la Régence et les diverses puissances européennes ».

Mais si les capitulations n'ont pas été abolies *ipso facto* par l'établissement du protectorat, les traités conclus postérieurement entre la France et les puissances tierces semblent l'avoir fait expressément. Ainsi, par exemple, l'accord du 20 juillet 1896 avec l'Autriche s'exprime ainsi : « L'Autriche-Hongrie déclare qu'elle renonce à invoquer en Tunisie le régime des capitulations et qu'elle s'abs-

tiendra d'y réclamer pour ses consuls et ses nationaux d'autres droits et privilèges que ceux qui leur sont acquis en France en vertu des traités existant entre l'Autriche-Hongrie et la France ». L'Angleterre avait supprimé en 1883 par un ordre en conseil, sa juridiction consulaire. L'Italie devait suivre, avec la convention du 25 janvier 1884, abrogée et remplacée par les conventions du 28 septembre 1896; aux termes de l'article 1^{er} de la convention consulaire et d'établissement, promulguée dans la Régence par décret beylical du 1^{er} février 1897, les Italiens en Tunisie sont reçus et traités, relativement à leurs personnes et à leurs biens, sur le même pied que les nationaux et les Français.

Mais il ne faut pas croire que les puissances européennes aient ainsi accepté aisément de renoncer à des privilèges, si importants et si exorbitants, au profit de la France, sans conditions ni réserves. Elles n'ont consenti pareils sacrifices qu'à la suite de la promulgation de la loi du 27 mars 1883 portant création en Tunisie d'une juridiction française, et surtout parce qu'un décret beylical du 5 mai 1883 avait décidé que les nationaux des puissances étrangères passeraient sous la juridiction française au cas de suppression de leurs tribunaux consulaires. Toutes les garanties étaient données aux ressortissants des puissances euro-

péennes : celles-ci pouvaient donc supprimer leurs juridictions consulaires, puisque leurs nationaux devenaient par là justiciables d'une juridiction française, c'est-à-dire d'une juridiction organisée selon le principe de la séparation des pouvoirs, et précédée d'une réputation d'impartialité, qui avait forcé l'admiration du monde entier.

En réalité, il n'y a pas eu, à proprement parler, suppression, mais transmission ou délégation du pouvoir juridictionnel du consul à la juridiction française nouvelle. « Les Consuls étrangers, après le protectorat, n'avaient perdu à l'exception de leur juridiction, aucun des privilèges qui leur étaient autrefois reconnus en Tunisie. Ils avaient notamment conservé leur droit de protection à l'égard des indigènes. La Grande-Bretagne, l'Autriche-Hongrie et l'Italie ayant en effet demandé au gouvernement français, avant de supprimer leurs tribunaux consulaires, quelle serait la situation faite à leurs protégés, la France avait répondu que rien ne serait changé à leur situation, qu'ils seraient traités comme les nationaux de ces puissances (*Archives diplomatiques*, 1885, t. XIII, p. 63 et suivantes, rapporté par Francis Rey, *La protection diplomatique et consulaire dans les Echelles du Levant et de Barbarie*, Paris, 1889, p. 165 et suivantes).

Les puissances étrangères n'ont donc pas perdu

la jouissance du droit de juger en Tunisie leurs nationaux ; ils en ont simplement cédé l'exercice à la juridiction française, qui, de ce fait, va revêtir un caractère *sui generis* qu'il convient d'analyser avec soin.

La juridiction française en Tunisie était, bien avant le protectorat, organisée d'après l'édit royal de juin 1778. Les capitulations conférant à la France le privilège de juger ses nationaux, il est certain que l'organisation et le fonctionnement de la juridiction française ne pouvaient être réglés que par voie unilatérale ; par un édit royal, sans l'intervention du souverain local. C'est ce qui explique que ce soit un édit royal qui ait organisé la juridiction consulaire française.

Or, en 1883, la France désire adapter cette juridiction de l'ancien régime aux principes nouveaux introduits par les constitutions républicaines, et en particulier respecter le principe de la séparation des pouvoirs : il faut que les justiciables trouvent toutes les garanties d'impartialité et de compétence chez les magistrats appelés à trancher leurs litiges ; il faut, surtout, une identité absolue d'organisation et de fonctionnement entre les juridictions métropolitaines et la juridiction française en Tunisie. Pour ce faire, point n'est besoin de signer un traité avec le Bey : de même qu'en 1778, la France procède unilatéralement. La loi du 27 mars 1883

est promulguée par le Président de la République, substituant à l'ancienne juridiction consulaire composée du consul et de quelques notables, une juridiction composée de magistrats de carrière, avec le concours de tous les auxiliaires de justice, greffiers, avocats, défenseurs (avoués), interprètes, etc. que l'on retrouve en France auprès de chaque tribunal.

Les débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi font ressortir nettement que la juridiction française qu'on voulait créer n'était qu'une adaptation de la juridiction consulaire française. M. Challemel-Lacour, ministre des affaires étrangères, en répondant à M. de Broglie, qui faisait ressortir les difficultés que l'existence des capitulations pouvait opposer à l'application du projet de loi, précisa avec force qu'il s'agissait de donner une organisation nouvelle au pouvoir de juridiction que la France tenait des Capitulations : « C'est bien de la substitution de sa juridiction ordinaire française à la juridiction exceptionnelle de nos consuls qu'il s'agit aujourd'hui » (*Débats parlementaires*, Sénat, *J. O. F.*, séance du 4 mars 1883, p. 214, Sirey, *Lois annotées*, 1883, p. 454; Berge, *La juridiction française en Tunisie*).

Il y a ainsi continuité absolue entre l'ancienne et la nouvelle juridiction française. Tous les pouvoirs de l'ancienne juridiction consulaire passent

automatiquement à la juridiction créée par la loi de 1883. Bien plus, le décret beylical du 5 mai 1883, véritable capitulation, accorde à la nouvelle juridiction française, le droit exclusif de juger les nationaux des puissances étrangères au cas d'abrogation de leurs juridictions consulaires. Nous avons vu qu'à la suite de ce décret, peu à peu, toutes les puissances acceptèrent de supprimer leurs juridictions. Et la juridiction française devient ainsi non seulement la continuatrice, de l'ancienne juridiction consulaire française, mais aussi l'héritière des juridictions consulaires étrangères.

Cette conception de la juridiction française en Tunisie, qui a été mise en relief par deux grands magistrats, MM. Fabry et Berge, a fait l'objet de critiques assez vives, émanant toutes de publicistes, qui lui reprochent de méconnaître le rôle de la France en Tunisie et de restreindre la souveraineté française. Mais nous ne voyons pas en quoi la France est diminuée d'avoir mérité la confiance des puissances étrangères au point de devenir, de leur consentement unanime, la juridiction naturelle de leurs nationaux résidant en Tunisie.

On a, encore, tout récemment, prétendu que la juridiction française en Tunisie n'est, en aucune façon, l'héritière des anciennes juridictions consulaires, et doit être assimilée entièrement aux juridictions de la Métropole. Il existe, en Tunisie,

dit-on, un Etat français, puisque, par l'établissement du protectorat, la souveraineté française s'est infiltrée dans toutes les fonctions publiques, mais c'est un Etat sans territoire, ce qui est, toujours selon le même auteur, parfaitement concevable, l'élément territorial n'étant pas nécessaire à l'existence d'un Etat; et ainsi la juridiction française en Tunisie reste quand même une juridiction ordinaire offrant une similitude absolue avec les juridictions métropolitaines.

Cette argumentation part d'un principe erroné. Il n'y a pas, et il ne peut y avoir, d'Etat sans territoire; le territoire, qu'il soit considéré comme objet ou comme limite de l'Etat, constitue l'élément primordial et substantiel de l'Etat. L'Etat, selon la définition de notre maître, M. le Professeur Gidel, est une nation *vivant sur un territoire* et soumise à une souveraineté (Cf. Gidel, *Cours professé en 1922-1923 à la Faculté de Paris*).

Si la juridiction française en Tunisie n'était qu'un fragment de la souveraineté française transportée en Tunisie, il serait impossible d'expliquer les solutions dégagées par nos tribunaux dans le droit de famille et que nous commenterons dans notre deuxième partie. Les tribunaux ne commettent pas, d'ailleurs, cette erreur d'assimiler les deux juridictions. Ils décident, en effet, que les capitulations existent toujours, et que la juridic-

tion française a hérité des pouvoirs des anciennes juridictions consulaires française et étrangères. Ils se fondent même sur l'article 1^{er} du traité du Bardo, ainsi conçu : « Les traités de paix, d'amitié et de commerce, et toutes autres conventions existant actuellement entre la République française et S. A. le Bey de Tunis sont *expressément confirmés* et renouvelés ». C'est le régime des capitulations qui subsiste toujours, et les différents décrets beyliques par lesquels S. A. le Bey a consenti à étendre la compétence des tribunaux français doivent être considérés non comme un abandon par la France de son privilège de juridiction, mais au contraire comme de véritables capitulations nouvelles au sens historique du mot (conf. en ce sens Berge, 1900, p. 524; Berge, 1903, p. 39; Berge, 1905, p. 204; Berge, 1915, p. 205; Berge, 1917, p. 59; Berge, 1918, p. 123; Sorbier, *La justice française en Tunisie*; Berge, *La juridiction française au Maroc*).

Nous arrivons ainsi à cette conclusion importante : le régime des capitulations subsiste malgré l'établissement du protectorat, mais tous les pouvoirs juridictionnels des puissances étrangères sont confiés à la juridiction française créée par la loi de 1883, qui devient ainsi la juridiction naturelle de tous les Européens, français et étrangers.

Quelles vont être alors les conséquences de ce

principe au point de vue de la condition des étrangers en Tunisie?

Il y a, tout d'abord, égalité absolue de traitement entre les Français, d'une part, et tous les étrangers résidant en Tunisie. Ceux-ci ont le droit de s'adresser aux tribunaux français pour faire trancher les procès s'élevant entre eux, alors qu'en France ce droit considéré comme civil au sens de l'article 11, leur est, en principe, refusé (Cf. Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, p. 285; surtout Martin, dans Aubry et Rau, 5^e éd., t. XII, § 738 *bis*, p. 47 à 62). En Tunisie, le tribunal français est le seul tribunal compétent pour les litiges entre étrangers. C'est une compétence qui résulte, nous l'avons déjà dit, des traités par lesquels les puissances européennes ont délégué leur pouvoir juridictionnel à la juridiction française.

Ensuite, l'étranger demandeur ne peut être astreint par le défendeur français à fournir la *cautio judicatum solvi* (Tunis, 2 novembre 1888, Berge, 1889, p. 10; 13 décembre 1888, Berge, 1896, p. 97; 12 décembre 1892, Berge, 1896, p. 98; Sousse, 12 janvier 1899, Berge, 1899, p. 323).

Enfin, l'ordre public a un domaine très restreint en Tunisie. La notion de l'ordre public est l'une des plus vagues et des plus fuyantes du droit international privé, et il serait téméraire, de notre part,

de prétendre la capter, l'enserrer dans une formule. Pascal en donnait déjà une idée parfaite, lorsqu'il écrivait le beau passage suivant : « On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence ; un méridien décide de la vérité. Le droit a ses époques. L'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà ! » Et, en effet, la notion de l'ordre public est contingente, et subit l'influence du temps et du lieu. Lorsque les dispositions de la loi étrangère normalement applicable heurtent les conceptions de la *lex fori*, il n'y a plus de contact, plus de « commerce » entre les deux pays. « Une certaine ressemblance, — écrit notre distingué maître M. Bartin, dans l'admirable ouvrage qu'il vient de publier, — ou si l'on préfère cette expression plus neutre, une certaine correspondance de toutes les législations entre elles, est la condition même de l'établissement d'une règle de conflit entre elles. Lors donc que cette ressemblance ou cette correspondance disparaît, la règle de conflit qui les suppose disparaît avec elles, et sur le territoire de l'Etat où cette législation étrangère est invoquée, elle nous apparaît comme une législation étrangère qui reste en marge des règles de conflit : la

loi territoriale se substitue nécessairement à elle, puisqu'elle ne s'efface plus devant elle » (*Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, 1930). Et les peuples d'une civilisation avancée, ayant pleine conscience de leur souveraineté et de leur indépendance politique, sont enclins à repousser l'application des lois de pays n'appartenant pas à la même communauté juridique avec une rigueur et une sévérité que nous ne retrouvons pas en Tunisie, précisément parce que la juridiction française a un caractère *sui generis* qui la sépare nettement des juridictions métropolitaines, et qui en fait la juridiction naturelle de tous les Européens, français ou étrangers (Cf. sur l'ordre public et l'idée de communauté juridique, Martin, *Etudes de droit international*, p. 217 à 270, surtout p. 230). La loi tunisienne ou étrangère a beau n'être pas souvent « en communauté internationale » avec la loi française, la juridiction française est tenue d'appliquer intégralement cette loi. Nous en avons des exemples frappants dans le droit de la famille. C'est ainsi que l'on prononce quotidiennement en chambre du conseil des séparations de corps par consentement mutuel entre Italiens. La loi mosaïque, applicable, comme nous le verrons, aux israélites de nationalité tunisienne, autorise le pacte de dédit dans un contrat de fiançailles : bien que

cette disposition heurte la conception française, en vertu de laquelle la rupture des fiançailles ne peut être sanctionnée par des dommages-intérêts conventionnels, les tribunaux français de Tunisie l'appliquent lorsque les parties sont toutes deux tunisiennes. Ils reconnaissent la légitimité de la polygamie chez les Musulmans tunisiens et le droit qu'à la femme musulmane tunisienne de ne pas résider dans certains cas au domicile conjugal.

Mais l'ordre public français reprend son empire, lorsque les deux parties litigantes sont toutes deux de nationalité française. Dans ce cas, la jurisprudence fait appel au principe d'exterritorialité, en vertu duquel la Tunisie, au regard de la juridiction française, et en ce qui concerne les nationaux français, est considérée comme territoire français. C'est ainsi qu'on a refusé comme nous le verrons, de convertir en divorce la séparation de corps prononcée entre deux Italiens quoique l'un d'eux fût devenu Français, pour cette raison que la séparation de corps ayant eu lieu par consentement mutuel, il était contraire à l'ordre public français de prononcer un divorce fondé sur les mêmes motifs.

Telles sont les conséquences découlant de la nature spéciale de la juridiction française en Tunisie.

Il est intéressant de noter, en terminant, que la France a appliqué législativement au protectorat marocain les règles que nous venons d'exposer et que la jurisprudence avait dégagées et formulées avec bonheur. Le dahir sur la condition civile des Français et des étrangers, règle de la manière suivante la condition des étrangers : « Les étrangers jouissent dans le protectorat français du Maroc, des mêmes droits privés que les Français, sans conditions ni restrictions autres que celles résultant de leur loi nationale » (Art. 2).

Nous pouvons résumer notre étude sur la Tunisie et les capitulations en disant avec M. Berge : « La juridiction française paraît être un fragment de l'administration française transporté en Tunisie, un organe de la souveraineté française et non un rouage du protectorat. Mais ce n'est là qu'une apparence, et si par ses origines, par sa constitution, par certains détails de son fonctionnement la justice française se rattache d'une façon très intime au gouvernement métropolitain, elle n'en est pas moins une partie intégrante de ce régime particulier que le traité du Bardo a créé en Tunisie ».

CHAPITRE III

CARACTÈRES DU CONFLIT DE LOIS EN TUNISIE

Le conflit de lois, objet du droit international privé, peut être défini, suivant l'excellente formule de notre éminent maître, M. le Professeur Bartin, « tout conflit international de lois, qui s'élève, lorsque deux lois différentes, au moins, revendiquent, soit à la date à laquelle se produit le litige, soit même à une date antérieure, la réglementation d'un rapport de droit privé » (Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, p. 33). Retenons de cette formule compréhensive le trait essentiel suivant : un conflit de lois est avant tout un conflit entre deux souverainetés. Deux lois émanant de deux Etats différents « se disputent la connaissance et la solution d'un ou de plusieurs rapports de droit ». En d'autres termes, encore, « c'est un conflit entre particuliers en tant que ces particuliers se prévalent ou qu'on se prévaut contre eux du lien qui les rattache à un Etat déterminé ».

Au rebours du conflit international de lois, il

existe d'autres conflits de lois mais qui, eux, ne sont pas des conflits entre souverainetés : ce ne sont pas, à proprement parler, des conflits internationaux. Nous faisons allusion notamment au conflit que M. Bartin appelle le conflit de type colonial, et qui se rencontre, par exemple chez notre voisine, l'Algérie.

En Algérie, le statut personnel (dans un sens large, cette expression comprend les successions) des Musulmans sujets français est régi, aux termes du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, par les coutumes musulmanes (Cf. Besson, *La législation civile de l'Algérie*). Les tribunaux musulmans ont été supprimés, et leurs pouvoirs ont été transmis aux tribunaux français, qui appliquent ainsi la loi musulmane en même temps que la loi française : suivant l'expression courante, l'on dit que le tribunal, lorsqu'il statue sur un litige relatif au statut personnel de musulmans sujets français, « fait office de cadi », le cadi étant le juge religieux, qui préside encore en Tunisie la juridiction du Charâ.

La différence entre le conflit international de lois et le conflit dit de type colonial est considérable. Dans le conflit international de lois, il s'agit de deux lois émanant de deux Etats différents et égaux en droit, en vertu du principe de droit public de l'égalité juridique des Etats (Cf. Geouffre de Lapradelle, *Cours de doctorat 1926-1927 professé*

à la *Faculté de Paris*). Dans le conflit de type colonial, au contraire, « c'est en vertu d'un acte de souveraineté de la *France seule*, que la coutume musulmane a conservé, *parte in qua*, son empire sur des sujets français musulmans : il n'y a donc plus entre la loi française et la loi indigène cette égalité de titres que suppose le conflit international de lois ». M. Bartin compare, à juste raison, le système algérien au système de la personnalité des lois dans la Gaule mérovingienne.

Telles sont les deux sortes de conflits de lois, qu'il faut nettement dissocier, en raison de leur nature toute différente. Le conflit de lois se présente-t-il en Tunisie comme en France ou comme en Algérie? Y a-t-il en Tunisie des conflits internationaux entre la loi française et la loi tunisienne, ou sommes-nous, ici encore, en présence de conflits de type colonial?

Les explications que nous avons fournies dans les chapitres précédents nous dispensent d'insister longuement sur cette question.

La Tunisie, nonobstant l'établissement du protectorat, a conservé, nous l'avons vu, sa qualité d'Etat; mais elle a abdiqué certains de ses pouvoirs au profit de la France. Il résulte de ce régime hybride que le territoire tunisien est soumis simultanément à deux souverainetés, la souveraineté française et la souveraineté beylicale. De chacune

des deux souverainetés émane une juridiction indépendante par rapport à l'autre ; les tribunaux français et les tribunaux tunisiens s'ignorent les uns les autres, ou plutôt il n'existe entre eux que les rapports qui existent par exemple entre les tribunaux de France et ceux d'Italie. Comme on l'a observé fort justement, « la Tunisie est soumise, au point de vue judiciaire, à la souveraineté française en même temps qu'à la souveraineté beylicale, celle-ci s'exerçant sous le contrôle de la France (Trib. Tunis, 11 mai 1907, Berge, 1907, p. 506).

Les conséquences pratiques de l'existence de cette dualité de souverainetés et de juridictions sont incalculables dans l'ordre judiciaire. Tout d'abord, les tribunaux français sont incompétents en matière personnelle et mobilière lorsque les parties sont tunisiennes ; inversement les tribunaux indigènes ne peuvent connaître d'un litige dans lequel l'une des parties serait française. Ensuite il ne peut y avoir litispendance entre les deux ordres de juridictions puisqu'elles émanent chacune d'une souveraineté différente. Enfin, les jugements rendus par les tribunaux tunisiens ne peuvent être exécutés à l'encontre d'un justiciable des tribunaux français qu'après avoir été revêtu de l'exequatur.

Les conflits entre la loi française et la loi tuni-

sienne sont donc bien des conflits internationaux de lois, et non des conflits de type colonial. Il n'y a pas en Tunisie une seule loi territoriale, la loi française, comme en Algérie. Ce n'est pas un acte de souveraineté de la France qui a ordonné l'application de la loi tunisienne aux Tunisiens. La loi tunisienne et la loi française en Tunisie sont « des lois dont le titre et l'origine sont égaux parce qu'elles correspondent à des Etats différents, à des Etats également indépendants, bref, à des souverainetés différentes ». Les conflits de lois en Tunisie sont bien des conflits entre deux souverainetés, partant des conflits *internationaux* de lois.

Ce n'est pas qu'en Tunisie il n'y ait pas de conflits non internationaux. Bien au contraire, nous verrons plus tard que la population tunisienne se répartit, au point de vue de la loi applicable au statut personnel, en deux groupes : musulmans et israélites. La loi musulmane elle-même varie suivant le rite adopté par les parties, rite malékite ou rite hanéfite. Il y a donc souvent en Tunisie des conflits de droits locaux.

Mais nous nous proposons d'étudier uniquement le droit international privé de la Tunisie, en matière de droit de famille, c'est-à-dire le conflit international de lois, tel que nous venons de le définir.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONFLITS EN MATIÈRE DE DROIT DE FAMILLE

Notre seconde partie sera consacrée à l'analyse des conflits internationaux de lois naissant en Tunisie dans le domaine du droit de famille. Nous diviserons notre étude en cinq chapitres :

Chapitre I^{er}. — Le mariage.

Chapitre II. — Les effets du mariage.

Chapitre III. — Le régime matrimonial.

Chapitre IV. — Le divorce et la séparation de corps.

Chapitre V. — Les successions.

CHAPITRE PREMIER

LE MARIAGE

C'est dans le domaine du mariage que nous allons trouver des solutions vraiment curieuses de conflits de lois. Dans toutes les législations anciennes et modernes, de source catholique ou de source orientale, le mariage est une institution réglementée, et peut être défini : « l'acte juridique par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré » (Planiol et Ripert, avec le concours de M. André Rouast, *Traité pratique de droit civil*, t. II, p. 57). Nous allons étudier les conditions de fond et les conditions de forme auxquelles le mariage est soumis et en l'absence desquelles il est déclaré nul.

SECTION I. — LES CONDITIONS DE FOND

Les conditions de fond sont celles qui ont trait à l'aptitude physique, au consentement qui doit être exempt des vices de violence et d'erreur sur la personne, aux empêchements résultant de la parenté ou d'un mariage antérieur non dissous, à

la nécessité d'obtenir le consentement des parents jusqu'à un certain âge.

Lorsque les deux futurs époux sont de la même nationalité, il leur faut observer les règles de fond indiquées par leur loi nationale. Il est évident que le mariage concerne l'état des personnes et doit être régi par la loi personnelle des futurs époux. Si les deux futurs époux sont de nationalité française, il n'y a pas, à proprement parler, conflit de lois, puisqu'au regard des Français, la Tunisie est réputée, en vertu de la fiction d'exterritorialité, le prolongement de la France continentale.

Mais il peut se faire que les futurs conjoints soient de nationalité différente. Les conditions de fond doivent être, dans ce cas, envisagées distinctement pour chacun d'eux, d'après sa loi nationale. Un Italien épouse une Française : Il faut que le mariage soit valable d'après la loi française pour la Française, et d'après la loi italienne pour l'autre conjoint.

On a tenté, en invoquant l'ancien article 19 du Code civil, de soutenir que la femme acquérant par le mariage la nationalité de son mari, il fallait lui appliquer pour les conditions d'âge, de consentement, etc., la loi du mari. Mais nous savons d'abord que depuis la loi du 10 août 1927, la femme ne prend pas nécessairement la nationalité du mari ; nous démontrerons plus loin l'applica-

bilité de cette loi à la Tunisie. En outre, à supposer même que la femme se trouve dans les conditions voulues pour acquérir la nationalité de son mari, il n'en reste pas moins qu'elle ne devient française que parce qu'elle est mariée, et il faut donc avant tout que son mariage soit valable.

Nous concluons donc que deux lois doivent être appliquées aux conditions de fond du mariage : chacun des époux doit se plier aux exigences respectives de sa loi nationale.

SECTION II. — LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Les conditions de forme du mariage sont celles qui ont trait aux différentes formalités que les futurs époux doivent remplir pour contracter une union régulière, légalement valable. Dans presque toutes les législations, inspirées soit de la civilisation occidentale, soit de la civilisation orientale, le mariage est entouré de certaines formes solennelles, de certains rites que la loi personnelle des époux leur impose de respecter, sous peine de contracter un mariage nul. Le problème consiste à se demander suivant quelle forme les habitants de la Tunisie, sujets tunisiens ou ressortissants de pays européens, peuvent se marier sans que leur union puisse être considérée comme

inexistante par suite d'inobservation de certaines formalités jugées essentielles.

Le problème se pose dans trois hypothèses :

1° Le mariage entre deux Tunisiens de même religion.

2° Le mariage entre deux Européens de même nationalité.

3° Les mariages mixtes (au sens restreint du mot).

**Premier cas. — Mariage entre deux Tunisiens
de même religion.**

Pour l'Européen, et surtout pour le Français peu familiarisé avec la Tunisie, il paraît surprenant que le législateur d'un pays fasse des distinctions entre les nationaux de ce pays au point de vue de la religion. La révolution de 1789 a répandu, après les philosophes du xviii^e siècle, dans tout le monde occidental le grand et noble principe de la liberté de pensée et celui de l'égalité juridique des citoyens devant la loi, sans lequel aucune justice n'est possible. Les rédacteurs du Code civil ont introduit en France le mariage civil, qui doit être célébré obligatoirement avant le mariage religieux. Et, avec l'évolution des principes démocratiques, s'est implanté définitivement en France le principe de la neutralité de l'Etat en matière religieuse, en vertu duquel l'Etat ignore officiellement

toutes les religions pratiquées par les citoyens.

En Tunisie, depuis bien des siècles, depuis qu'à côté de la population musulmane s'est établie une colonie israélite, les sujets de S. A. le Bey sont répartis en deux groupes, et à chacun de ces groupes, lorsqu'il s'agit d'une question de statut personnel, l'on applique la loi religieuse. Le statut personnel des musulmans tunisiens est régi par les règles édictées par le Prophète Mahomet dans le Coran et dans la Sounna ; les Israélites tunisiens continuent encore à observer, pour toutes les questions de statut personnel, la loi de Moïse, qu'un tribunal composé de trois rabbins est chargé d'appliquer.

En établissant son protectorat sur la Tunisie, la France, fidèle à ses idées de liberté et de tolérance religieuses, de même qu'elle a respecté les mœurs et les traditions des habitants, si jalousement conservateurs, s'est bien gardée de modifier ou de supprimer les juridictions chargées d'appliquer une loi religieuse, si bien qu'aujourd'hui encore, à côté des juridictions françaises, à côté des tribunaux tunisiens séculiers, fonctionnent deux juridictions, le tribunal du Charâ et le tribunal Rabbinique, qui connaissent de toutes les affaires, relatives au statut personnel et aux successions et concernant respectivement les Tunisiens musulmans et les Tunisiens israélites. Le législateur du

protectorat a même consolidé cette situation ancienne et remontant à des temps lointains, par un décret beylical, contresigné par le Résident Général (et s'imposant même aux juridictions françaises), ce décret, du 31 juillet 1884, est ainsi conçu : « Article 2. — Néanmoins est expressément réservé aux tribunaux religieux le règlement des contestations relatives au statut personnel ou aux successions des sujets tunisiens musulmans ou israélites ».

Il résulte donc des explications précédentes qu'il faut se reporter à la loi religieuse des deux époux, que nous avons supposé de même religion, pour connaître le mode de célébration du mariage.

Voyons tout d'abord en quoi consiste la célébration du mariage chez les Tunisiens.

Le mariage musulman, est un acte qui rappelle beaucoup le contrat de vente. Après que les pères respectifs des futurs époux se sont mis d'accord sur les conditions pécuniaires, on fait venir deux notaires, qui vont dresser l'acte de « zdak » par lequel le jeune homme apporte en dot à sa future épouse une certaine somme d'argent. Quelques jours après, a lieu la cérémonie solennelle à la mosquée, à laquelle on invite tous ses amis, les magistrats du Charâ avec le cadi. Après quelques prières, et en présence de deux notaires, les mandataires des futurs époux font une déclaration : le

représentant (ouali) du jeune homme offre une certaine somme en guise de dot, et demande la main de la jeune fille ; le représentant de la femme déclare accepter l'offre et donne son consentement. Les notaires dressent alors l'acte de mariage qui crée le lien matrimonial. Juridiquement, le mariage musulman comporte donc deux éléments essentiels et suffisants : la remise d'une dot par le futur mari et le consentement des parties.

Le mariage israélite exige aussi la pratique de certains rites, mais, en droit, le mariage existe par la remise du *kadouchim*, cadeau offert par le mari, et au profit de la femme la constitution d'une dot, qui est insérée dans le contrat de mariage ou *ketouba*. Le *kadouchim* est soit un anneau d'or, soit un objet quelconque, soit simplement un écrit par lequel le fiancé s'engage à épouser sa fiancée (Eben Aezer, Ch. 26, art. 4, Ch. 32, art. 1, 2 et 4, Cf. S. Tibi, *Le statut personnel des Israélites*). La *ketouba* est un acte qui règle les rapports pécuniaires des époux, et qui fixe la somme que le mari constitue en dot à sa femme, et que celle-ci reprend comme reprise matrimoniale le jour de la dissolution du mariage par répudiation ou par décès. C'est une formalité substantielle, sans laquelle le mariage est réputé inexistant. Dans la pratique tunisienne, outre ces formalités qui n'ont aucun caractère solennel, on commence par rédi-

ger la ketouba qui correspond ainsi au contrat de mariage du droit français, et quelques jours après, a lieu la bénédiction nuptiale qui est donnée par un rabbin et qui consiste dans la récitation de sept prières spéciales ; après cette récitation, le mari remet à sa femme l'alliance ou kadouchim.

Telles sont les seules formes admises pour le mariage des Tunisiens, depuis bien des siècles. Mais, à la suite de la promulgation du décret du 29 juin 1886 instituant l'état-civil en Tunisie, de nombreux Tunisiens, venus avec enthousiasme à la civilisation occidentale, ont cru plus moderne, plus élégant, au lieu de faire bénir leur union par un ministre de leur culte, de s'adresser à l'officier de l'état-civil, qui procéda sans difficultés à la célébration demandée.

Que valent de tels mariages ? Le décret du 29 juin 1886 a organisé l'état civil, jusqu'alors inexistant en Tunisie ; les fonctions d'officier de l'état civil sont confiées aux présidents ou vice-présidents français des municipalités, aux contrôleurs civils. Les formes de la célébration sont calquées sur celles décrites dans le Code civil. Il semble, au premier abord, que ce décret qui a été promulgué par S. A. le Bey soit exécutoire vis-à-vis de tous les Tunisiens ; ainsi le législateur tunisien aurait porté atteinte au principe fondamental, d'après lequel la loi religieuse régit exclusivement le statut per-

sonnel des sujets musulmans et israélites. Ce décret serait même en contradiction absolue avec le décret du 31 juillet 1884, qui réserve aux seuls tribunaux religieux « le règlement des contestations relatives au statut personnel ou aux successions des sujets tunisiens musulmans ou israélites », et qui soumet ainsi ces contestations à la loi religieuse.

Nous estimons que le décret du 29 juin 1886 n'est pas applicable, en ce qui concerne les actes de mariage, aux musulmans et israélites de nationalité tunisienne. Que dit en effet l'exposé des motifs qui précède ce décret? « Nous nous efforçons, sous l'inspiration de notre puissant protecteur, le Gouvernement de la République Française, de mettre les institutions de notre pays en harmonie avec celle des puissances amies afin que *leurs sujets* établis sur notre territoire y trouvent, au fur et à mesure des progrès que nous nous proposons d'accomplir, toutes les garanties qui leur sont offertes dans leurs patries respectives. Aujourd'hui, nous jugeons que le moment est venu de créer dans notre Régence un état-civil où chacun sans distinction de nationalité pourra faire inscrire les actes de cet ordre qui le concernent ».

Il ressort clairement, sans équivoque possible, de cet exposé des motifs que le but visé par le législateur tunisien était de faciliter les formalités de

l'état civil aux « sujets des puissances amies » (c'est-à-dire européennes), et leur permettre de trouver « au fur et à mesure des progrès que nous nous proposons d'accomplir toutes les garanties qui leur sont offertes dans leurs patries respectives ». Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les Européens, Français et étrangers, n'ont à leur disposition, pour se marier, que la célébration devant le consul de leur pays ; mais ce mode est impossible lorsque les deux époux sont de nationalité différente ; le consul ne peut procéder à des mariages qu'entre deux personnes ressortissant au pays dont il est le représentant diplomatique. Il reste bien aux Européens la forme de mariage usitée en Tunisie, forme religieuse, mais il peut se faire qu'ils n'appartiennent pas à la même religion. Seule la forme locale laïque peut satisfaire tout le monde, et offre les avantages et les garanties que les Européens sont habitués à trouver dans leurs patries respectives.

L'intention du législateur tunisien est donc très nette. Jamais il n'a pensé un seul instant à introduire dans la population tunisienne, profondément croyante, si jalousement attachée à ses traditions et à ses pratiques religieuses, le mariage laïque, inconcevable pour des cerveaux qui ne sont pas encore arrivés à dissocier le droit de la religion, et qui jugeraient sacrilège de la part d'un souverain

de porter atteinte aux règles édictées par Dieu. Le Bey est musulman ; et vouloir implanter le mariage civil pour les tunisiens, surtout pour les Tunisiens musulmans, ce serait pour lui abroger une disposition législative qui se trouve dans le Coran, le livre religieux par excellence pour les musulmans. Jamais un prince musulman n'a entendu commettre pareil acte.

Remarquons, en outre, que lorsque l'état civil de facultatif est devenu obligatoire pour les Tunisiens, le décret qui a fait cette extension (D. 28 décembre 1908), a pris soin de préciser que « sont obligatoires pour les Tunisiens les déclarations de naissance et de décès, à l'exclusion des déclarations de mariage ». N'est-ce pas là reconnaître qu'avant comme après 1908, seule la forme religieuse est permise aux Tunisiens ?

Enfin, si véritablement, le législateur avait voulu autoriser le mariage laïque des Tunisiens, il aurait dû prévoir les formalités à remplir pour mentionner sur les registres de l'état civil les actes de répudiation, ce qu'il n'a pas indiqué. Dira-t-on que les parties en se présentant devant l'officier de l'état civil ont entendu renoncer à leur statut personnel pour adopter le statut personnel français ? Cela est inadmissible : nous savons qu'on ne peut renoncer volontairement à son statut personnel ; les règles d'état et de capacité des personnes sont

impératives. Nul n'est admis à modifier son état et sa capacité en se soumettant contractuellement à une loi étrangère. L'état civil des personnes est d'ordre public, ou, plus exactement, impératif, et les Tunisiens ne peuvent donc par leur seule volonté se soustraire à l'empire de leur statut personnel (Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. I; Aubry et Rau, 4^e éd., t. I, paragr. 31, p. 93, n° 28). Si, en Algérie, il en est autrement, c'est qu'un texte législatif l'indique expressément. Et l'on ne peut assimiler la Tunisie à l'Algérie, puisque, tandis que celle-ci est une colonie où la loi française est la seule loi territoriale, celle-là est un protectorat, c'est-à-dire un Etat ayant conservé sa souveraineté, son autonomie politique. Donc, l'absence de transcription des actes de répudiation sur les registres de l'état civil indique nettement que le législateur de 1886 n'a entendu légiférer que pour les seuls nationaux des puissances européennes.

D'ailleurs, en pratique, une union contractée par deux tunisiens devant l'officier de l'état civil est toujours sujette à annulation. En effet, la juridiction qui serait saisie d'un procès en nullité de mariage ne peut être, d'après le décret du 31 juillet 1884, que la juridiction religieuse, Charâ ou tribunal Rabbinnique. Or ce tribunal religieux, examinant si les formalités du mariage prescrites

par la loi religieuse, la seule qu'il ait à appliquer, ont été remplies, ne reconnaîtra aucune valeur au mariage célébré par l'officier de l'état civil, et le considérera comme inexistant, puisqu'il ne renferme aucun des éléments substantiels exigés par la loi religieuse.

Nous venons de raisonner sur le cas où le tribunal saisi de la question est le Tribunal Rabbiniqne ou le Charâ. Supposons maintenant que la juridiction française vienne à connaître incidemment de la question de validité du mariage.

Si, au cours d'un procès, soumis à la juridiction française en raison de la nationalité du défendeur, celui-ci conteste par exemple au demandeur que nous supposons tunisien, sa qualité d'enfant légitime, le tribunal saisi ainsi ne peut adopter que l'une des deux solutions suivantes : ou surseoir à statuer sur cette question préjudicielle, qui se ramène au fond à examiner la validité du mariage des parents du demandeur, question du ressort du tribunal religieux ; ou trancher directement cette question préalable. Dans ce dernier cas, le tribunal se trouve en présence d'un point de droit interne, et non international, puisqu'il s'agit de deux tunisiens mariés en Tunisie : il n'y a pas, à proprement parler, de conflit entre deux lois. Par conséquent, la loi applicable pour apprécier la validité du mariage ne peut être que la loi reli-

gieuse qui gouverne le statut personnel des deux époux. Or, il s'agit, par hypothèse, en l'espèce, d'un mariage entre deux tunisiens célébré devant l'officier de l'état civil ; le tribunal par application aux époux de leur loi nationale, va donc juger nul et inexistant le mariage célébré suivant cette forme.

Ainsi, que la question de validité du mariage soit soumise à la juridiction religieuse, ou, incidemment, à la juridiction française, dans les deux cas, le mariage de deux tunisiens devant l'officier de l'état civil sera déclaré nul et non avenu.

Si, par conséquent, les époux n'ont pas pris la précaution, avant ou après la célébration civile de faire bénir leur union suivant les formes admises par leur loi religieuse, ils seront considérés comme non mariés. Et le mariage putatif n'existant pas dans leur législation, ils ne pourront exciper de leur bonne foi pour faire produire des effets à une union irrégulière.

En réalité, il s'est passé en Tunisie ce qui arrive souvent dans un pays où les textes législatifs sont préparés dans les administrations par des fonctionnaires anonymes, sans discussion préalable, sans débats publics et contradictoires. Le Français, frondeur, est toujours enclin à critiquer les institutions, pourtant si libérales de son pays, et à se lamenter sur la lenteur des travaux parlementaires ; qu'il vienne en Tunisie, et il aura la conso-

lation de voir des décrets préparés hâtivement, copiés littéralement sur des lois françaises, comme si la situation politique ou économique était absolument identique en Tunisie et en France. Le décret de 1886 n'est que la reproduction intégrale des articles 34 et suivants du Code civil ; les fonctionnaires qui l'ont rédigé, législateurs d'occasion, ont perdu de vue le grand principe qu'en matière de statut personnel des Tunisiens, les règles antérieures à l'établissement du protectorat ont été maintenues, précisément pour éviter, surtout aux musulmans si susceptibles, tout froissement de nature à dégénérer en mécontentement à l'égard de la nation protectrice. Ce grand principe, l'Etat protecteur l'a consacré dans le décret du 31 juillet 1884. Les tribunaux de Tunisie se trouvent en présence de deux textes contradictoires ; il leur appartient, pour respecter les intentions du législateur, de rechercher une solution qui permette de concilier les deux décrets de 1884 et de 1886. Le décret de 1886 doit être limité, pour les actes de mariage (puisque pour les actes de naissance et de décès, le décret de 1908 est venu les rendre obligatoires pour les Tunisiens), aux seuls Européens ou ressortissants de nations européennes. Le gouvernement devrait adresser une circulaire aux municipalités et aux contrôles civils pour interdire la célébration des mariages entre deux Tunisiens et

prévenir ainsi les difficultés inextricables que nous avons indiquées, ou tout au moins exiger d'abord la célébration religieuse du mariage. La cérémonie devant l'officier de l'état civil serait ainsi une cérémonie platonique et de simple parade. Ce sont là des moyens de fortune que l'incompétence et l'insouciance administratives nous contraignent de proposer.

Deuxième cas. — Le mariage de deux Européens
de même nationalité.

Nous avons déjà indiqué dans notre première partie, d'une part qu'il n'y a pas lieu en Tunisie de distinguer entre les Français et les autres Européens, puisque l'égalité juridique est à la base même de l'organisation politique de la Tunisie, et d'autre part que les Français en Tunisie se trouvent, en droit, en pays étranger.

Ces points rappelés, recherchons quels moyen les ressortissants des nations européennes ont à leur disposition en Tunisie pour faire procéder à la célébration de leur mariage. Ces moyens sont au nombre de deux : la forme nationale, les formes locales.

A) LA FORME NATIONALE

Les Européens peuvent, tout d'abord, faire célébrer leur mariage par le consul de leur pays. Le

Consulat, en vertu de la fiction d'exterritorialité, est considéré comme leur territoire national : le consul remplit les fonctions dévolues à l'officier de l'état civil.

En France, de tout temps, a existé une tradition en vertu de laquelle les étrangers peuvent faire procéder à leur union par un agent diplomatique ou un consul étranger, à la condition que les deux époux soient ses ressortissants (Cf. Despagnet et de Boeck, 5^e éd., n° 250, p. 721 et s. ; Weiss, 2^e éd., t. III, p. 563). S'il s'agit de deux étrangers de nationalité différente, il semble, d'après l'opinion de quelques auteurs, que le consul de l'un d'eux pourrait célébrer le mariage.

La même règle est en vigueur en Tunisie ; mais elle se rattache au régime des Capitulations. Les consuls accrédités auprès de S. A. le Bey de Tunis avaient qualité, autrefois, pour célébrer le mariage de leurs ressortissants. Les traités entre la France et les puissances étrangères ont renouvelé et confirmé cette prérogative des consuls.

Il ne faut pas perdre de vue, que les Français peuvent se marier au Consulat de France. Cette conséquence un peu inattendue puisque, depuis 1881, la France est chez elle en Tunisie et préside aux destinées de ce pays en collaboration amicale avec le souverain tunisien, découle de ce principe que nous avons déjà rappelé au seuil de notre

étude, à savoir que vis-à-vis de la France, la Tunisie, malgré le protectorat, continue à être un Etat étranger. En vertu de ce principe, nous avons vu que la France continuait à entretenir une représentation diplomatique en Tunisie (Cf. sur ce point Cave, *Sur les traces de Rodd Balek*, Tunis, 1929). Ce sont les Contrôleurs Civils qui remplissent ces fonctions.

Le mariage consulaire étant un mariage national, il reste soumis aux conditions de forme prescrites par la loi nationale des époux. Ainsi, pour les Français, il faudra procéder aux publications préalables de l'article 170 du Code civil. L'acte de célébration sera d'office adressé au ministère des affaires étrangères qui en assumera la garde et pourra en délivrer des extraits, tandis que, lorsque le mariage est célébré en la forme étrangère, il appartient aux parties elles-mêmes de le faire transcrire au lieu de leur domicile (Art. 171 du Code civil).

B) LES FORMES LOCALES

Les Européens peuvent se marier, en pays étranger, suivant les formes usitées dans ce pays, même si ces formes n'ont pas cours dans leur patrie. C'est là une des nombreuses applications de la règle de droit international privé, *Locus regit actum*. Le Code civil français, dans son article 170,

déclare valable le mariage contracté en pays étranger entre Français, « s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays ». La Tunisie, nous l'avons vu, étant considérée comme pays étranger, les Européens et les Français, en particulier, pourront adopter les formes de mariage tunisiennes qui se ramènent à deux : la forme religieuse, la forme laïque.

a) *La forme religieuse.* — Nous avons vu que pour les Tunisiens la seule forme de mariage admise était celle prescrite par la loi religieuse des époux : le mariage religieux est la forme ordinaire, normale, en Tunisie. Il en résulte que le mariage de deux Européens célébré devant le ministre de leur culte est valable et doit produire les mêmes effets qu'un mariage célébré devant l'officier de l'état civil.

Cette faculté de pouvoir faire bénir leur mariage par un ministre du culte, sans au préalable l'intervention de l'officier de l'état civil, a été maintes et maintes fois consacrée par la jurisprudence, fort abondante en la matière, des tribunaux de Tunisie. C'est ainsi qu'un jugement récent du 17 mars 1926 déclare : « Attendu qu'en Tunisie le « mariage contracté devant un ministre du culte « produit les mêmes effets civils que celui con-
« tracté dans les formes édictées par les articles 63
« et suivants du Code civil ; Attendu qu'il en

« découle que le mariage célébré.... est, au regard
« de la loi civile, pleinement valable.... » (Tunis
17 mars 1926 ; aff. Dme Colse c. Donnet ; Berge,
1926, p. 370).

Un autre jugement du 28 octobre 1925 emploie
une formule analogue : « Attendu que le mariage
« contracté devant l'autorité ecclésiastique pro-
« duit en Tunisie les mêmes effets que celui con-
« tracté dans les formes civiles, pourvu que les
« règles édictées par cette loi aient été observées ;
« Attendu qu'il suit de là que les tribunaux
« civils ont pleine compétence pour examiner si
« les prescriptions de la loi civile ont été respec-
« tées et pour statuer sur la validité d'une union
« célébrée devant l'autorité ecclésiastique » (Tunis,
28 octobre 1925 ; Berge, 1926, p. 13) (Cf. encore
en ce sens, Alger, 11 mars 1902, Berge, 1902,
p. 233 ; Tunis, 27 avril 1904, Berge, p. 547 ; Tunis,
14 juin 1905, Berge, 1905, p. 632 ; Tunis, 27 février
1907, Berge, p. 277).

Mais il ne faut pas croire que cette jurispru-
dence aujourd'hui inébranlable, se soit implantée
sans résistance. On a soutenu en effet, il y a une
vingtaine d'années, que depuis le décret du 29 juin
1886 ayant institué l'état civil en Tunisie, les futurs
époux sont tenus de se présenter par devant l'offi-
cier de l'état civil désigné par ce décret. Cette
thèse est basée sur le raisonnement suivant qui

se trouve exposé dans un jugement de Sousse du 30 mai 1901 : « Si le mariage religieux a pu être
« considéré comme établissant le lien civil en
« Tunisie, c'est parce que la Tunisie faisait partie
« des Etats barbaresques placés sous le régime
« des Capitulations ; que ses villes étaient com-
« prises dans les Echelles du Levant et qu'une
« Ordonnance Royale du 3 mars 1781 donnait
« aux prêtres catholiques le pouvoir de marier les
« Français dans les Echelles du Levant ; mais du
« jour où la Tunisie a été occupée par les armées
« françaises et a été soumise au protectorat fran-
« çais, elle a cessé d'y être un Etat barbaresque,
« elle a cessé d'être régie par les Capitulations ;
« ses villes n'ont plus fait partie des Echelles du
« Levant, l'ordonnance royale de 1781 a cessé
« d'être applicable ; désormais la Tunisie se trouve
« placée sous le régime du droit commun »
(Sousse, 30 mai 1901, Berge, 1902, p. 215). Le tri-
bunal a repoussé énergiquement cette argumen-
tation en faisant appel à l'article 170 du Code civil
qui permet aux Français de se marier suivant les
formes usitées dans le pays, et en constatant souve-
rainement l'usage, pratiqué en Tunisie depuis des
siècles, du mariage purement religieux. Mais l'on
pourrait ajouter une autre raison pour repousser la
thèse de l'obligation pour les époux européens ou
français de se marier devant l'officier de l'état civil

institué par le décret de 1886. Le décret de 1886 n'a pas promulgué en Tunisie les articles 63 et suivants du Code civil : il a établi un état civil *tunisien* ; il a créé à l'égard des Européens et des Français une forme *tunisienne* de mariage, une forme laïque. Les officiers de l'état civil, comme nous le soulignerons plus tard, sont, quoique devant être obligatoirement de nationalité française, des fonctionnaires *tunisiens*. Les étrangers, en présence de deux formes de mariage admises par le souverain local, ont la *faculté* de choisir l'une plutôt que l'autre, et cette faculté leur est accordée par leur propre législation qui admet la règle *Locus regit actum*. En résumé, la faculté pour les étrangers de se marier devant le ministre de leur culte ne se rattache pas à l'ancienne pratique édictée pour les Français par l'ordonnance royale de 1781, mais à la règle internationale d'après laquelle les parties peuvent dresser un acte dans les formes usitées dans le pays où ils se trouvent. C'est cette solution qui a été mise en valeur par le remarquable jugement rendu par le tribunal de Sousse, sous la présidence de M. Bonnefond (Cf. Sousse, Berge, 1917, p. 92 ; Cf. encore Berge, la juridiction française au Maroc, et tribunal Casablanca, 16 janvier 1917).

b) *La forme civile*. — Les explications que nous avons données nous dispensent d'insister longuement sur cette forme créée par le décret du 29 juin

1886. Les formalités à remplir sont exactement celles indiquées dans le Code civil. Si les parties sont de nationalité française, l'officier de l'état civil doit donner lecture du chapitre 6 du Code civil, titre du mariage. S'il s'agit d'étrangers, l'officier de l'état civil les déclarera simplement « unis au nom de la loi ».

c) *Les formalités imposées par les articles 170 et 171 du Code civil ; conséquences de leur inobservation.* — Que le mariage de deux Français en Tunisie soit célébré suivant l'une ou l'autre des formes usitées dans ce pays, il ne crée de lien matrimonial que s'il est accompagné de deux formalités essentielles, prescrites par les articles 170 et 171 du Code civil.

La première de ces formalités consiste dans l'obligation pour les époux de faire procéder, outre la publication prescrite par la loi locale, à la publication préalable, en se conformant aux dispositions des articles 63, 166, 167, 168 du Code civil. Cette publication doit être faite au lieu du dernier domicile en France ou de la dernière résidence en France ayant duré six mois au moins, et à défaut, au lieu de la naissance. Cette règle de l'article 170 est destinée, comme on sait, à faire connaître *aux tiers intéressés* le mariage, et leur permettre ainsi de signaler en temps utile les empêchements au mariage.

La deuxième formalité découle de l'article 171 du Code civil qui prescrit aux époux de faire transcrire en France leur acte de mariage lorsqu'ils y rentrent. Cette transcription est faite au lieu de leur domicile et mention doit en être inscrite en marge de l'acte de naissance de chacun d'eux, afin d'éviter les cas de bigamie (Loi du 20 novembre 1919). Un délai de trois mois est accordé pour remplir cette formalité, qui a pour but d'assurer la preuve du mariage. Lorsque le délai est écoulé, une circulaire du 7 mai 1922, dispose que la transcription pourra être ordonnée par décision de justice.

Quelles sont les sanctions attachées par la loi au défaut d'accomplissement de ces deux formalités.

En ce qui concerne l'obligation de transcrire en France le mariage célébré en Tunisie, nous estimons avec notre éminent maître et ami, M. le Professeur Georges Ripert, que « c'est par erreur qu'on a quelquefois assimilé cette formalité de transcription à un élément de publicité de la cérémonie, et qu'on en a tenu compte pour annuler le mariage comme clandestin ». La transcription constitue en effet un moyen de preuve, dont le défaut n'empêche pas le mariage d'être valable (Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. II, avec le concours de M. Rouast, p. 202 ; Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, n° 258 ; Req. 12 février 1833, S. 33. 1. 195 ; Seine,

le 18 janvier 1922, *Gaz. Tribunaux*, 21 février 1923 ; Aubry et Rau annoté par Bartin, t. VII, § 468, p. 178).

L'obligation de procéder à des publications préalablement à la célébration est souvent, au contraire, sanctionnée par l'annulation du mariage, lorsque le mariage a été célébré à l'étranger. Sanction d'autant plus sévère qu'en Tunisie l'omission de cette formalité est plus fréquente qu'on ne le croit. Aux Français d'origine métropolitaine s'ajoutent, depuis quelques années, les Français naturalisés. L'on sait que la loi du 20 décembre 1923, spéciale à la Tunisie, a élargi les conditions d'accèsion à la qualité de Français. Cette loi, faite dans un but nettement politique, à la suite des décrets du 8 novembre 1921 qui suscitèrent des débats devant la Cour permanente de justice internationale, est destinée à accroître le nombre des Français résidant en Tunisie par l'adjonction d'indigènes et d'étrangers attirés par la générosité de la France et souvent intimement unis à elle par des liens intellectuels. Cette loi a permis à des milliers d'habitants de la Régence d'entrer dans la grande famille française ; elle a obtenu un succès énorme auprès d'une catégorie de tunisiens, les Israélites, qui, nourris d'idées françaises, s'assimilant rapidement toutes les belles qualités de l'esprit français, se sont portés en foule vers leur mère spirituelle, vers la France qui trouvera tou-

jours en eux des citoyens fidèles, dévoués, prêts à empêcher l'intrusion et à paralyser l'influence des idées impérialistes qui animent les chefs de certaines puissances européennes. Des Italiens, des Maltais, employés dans les grandes compagnies françaises ou attachés à la terre, ayant quitté leur pays sans esprit de retour, souvent même nés en Tunisie, se sont naturalisés spontanément, préférant se mettre sous l'égide de la France, berceau des idées libérales et généreuses, refuge des esprits assoiffés d'indépendance.

Tous ces nouveaux Français, — qui l'étaient déjà de cœur, — ont conservé leurs croyances religieuses et continuent même à pratiquer avec ferveur le culte de leur Dieu. Pour eux être mariés, c'est avoir fait bénir leur union par un prêtre, un pasteur, ou un rabbin. Le mariage civil ne lie pas leurs consciences, s'il lie leurs personnes. Et c'est pourquoi, même parmi les gens cultivés, il arrive fréquemment que l'on célèbre ainsi des mariages religieux sans, au préalable, avoir procédé aux publications de l'article 170 du Code civil.

La question se pose alors de savoir quelles vont être les conséquences de ce défaut de publication. Va-t-on annuler dans tous les cas le mariage, va-t-on au contraire le maintenir et laisser ainsi une règle positive sans sanction juridique ?

S'il se fût agi d'un mariage en France, la solu-

tion aurait été très simple : en matière de mariage, il n'y a point de nullités sans texte ; l'article 192 ne parle pas de nullité, et se contente de sanctionner l'omission de la publication par une amende de 1 à 300 francs contre l'officier de l'état civil et pour les parties une amende proportionnée à leur fortune ; il en résulte donc que le mariage célébré en l'absence de publication n'est pas nul.

Mais ici, en l'espèce, nous sommes en présence d'un mariage célébré à l'étranger, et la publication est prescrite par l'article 170. « Le mariage contracté en pays étranger entre Français... sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre « Des actes de l'état civil », et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent ». On a prétendu que l'expression « sera valable », employée par ce texte, s'applique, aussi bien à la mention concernant les formes légales du pays étranger qu'à la publication en France. Mais la construction même de la phrase permet d'affirmer que « sera valable » s'applique seulement à la partie de l'article 170 qui vise les formes du mariage et non à celle qui concerne les publications. Le membre de phrase relatif à la publication commence par « pourvu que », ce qui indique bien que celle-ci est secondaire (Voir le

développement de cette idée dans Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. II, p. 200). La jurisprudence considère donc l'omission de publication en France du mariage célébré à l'étranger (par suite, en Tunisie), comme un empêchement simplement prohibitif et dont la seule sanction réside dans l'article 192 (Cf. Req. 9 novembre 1846, D. 46. 1. 327 ; Seine, 18 janvier 1923, *Gaz. Pal.*, 1923. 1. 294 ; Dijon, 24 décembre 1923, *D. Hebd.*, 1924, p. 178 ; Cass. 7 janv. 1929, S. 1929. 1. 104, par *a contrario*).

Mais elle a apporté une exception importante à cette solution, et elle a élaboré tout un système sur la nullité des mariages célébrés à l'étranger. Elle part de cette idée que la publication préalable est le seul moyen d'empêcher que le mariage célébré à l'étranger ne soit *caché*, et que des fraudes se produisent. Et ainsi, par application de l'idée de fraude à la loi, idée consacrée en droit international privé, les tribunaux annulent les mariages des Français célébrés à l'étranger. En quoi consiste la fraude à la loi ? C'est là une pure question de fait abandonnée au juge du fond (Cass. Req. 5 juillet 1905, Berge, 1906, p. 391 ; Cass. Req. 3 janvier 1906, Berge, 1906, p. 559 ; Cass. Req. 8 janvier 1906, Berge, 1906, p. 615 ; Cass. 18 juil. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926. 2. 735 ; Tunis, 23 févr. 1921, Berge, 1921, p. 182 ; Alger, 3 févr. 1930, *Gaz. Pal.*,

1930. 2. 656). Toutes les fois que les parties ont agi de telle sorte, — par exemple en omettant *sciemment* la publicité préalable, — qu'il appert notamment qu'elles ont entendu éluder les formalités exigées par la loi française, il y a fraude à la loi.

Au fond, à bien examiner la jurisprudence, l'on s'aperçoit qu'elle annule les mariages célébrés à l'étranger toutes les fois qu'ils revêtent un caractère clandestin. Et ainsi la nullité de ces mariages découle en réalité, de l'article 196 du Code civil, que l'on transpose du plan du droit interne sur celui du droit international privé. Si les parties n'ont pas tenu leur mariage caché, par exemple, s'il s'agit d'un mariage d'homme ou d'artiste célèbre, ou de personnes connues, ou s'il y a eu des faire-part dans les journaux, dans ce cas, bien que la publication préalable ait été omise, le mariage sera maintenu. Mais, si, au contraire, le mariage a été célébré dans un pays où les futurs époux n'avaient aucune relation, où ils sont allés secrètement, il est fort probable alors que les parties ont entendu cacher leur union ; ce mariage est atteint du vice de clandestinité et par suite sujet à annulation (Cf. en ce sens, Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*).

Si nous examinons maintenant la jurisprudence des tribunaux de Tunisie d'un peu plus près, nous

constatons qu'ils ont parfaitement compris la situation spéciale des Français de Tunisie, et surtout des naturalisés français, qui n'ont la plupart du temps aucune attache familiale avec la métropole, et qui, de très bonne foi, ont omis de respecter l'article 170 du Code civil. Un jugement du Tribunal de Tunis décide que le défaut d'accomplissement des publications prescrites pour un mariage célébré dans les formes usitées en Tunisie, n'en est pas, en principe, une cause de nullité ; — tout au plus le serait-il s'il avait eu pour but de frauder la loi française (Tunis, 14 juin 1905, Berge, 1905, p. 632). La solution jurisprudentielle est donc très nette : s'il n'est pas démontré que les parties ont eu l'intention de frauder la loi française, d'éluder certaines formalités (consentement des parents, par exemple) prescrites à peine de nullité, le mariage doit être reconnu valable.

Et pourtant au mépris de cette jurisprudence si fortement assise, un arrêt de la Cour d'Alger du 19 décembre 1927 (Berge, 1929, p. 73) a infirmé un jugement du tribunal de Sousse qui s'était conformé à la doctrine habituelle. Il s'agissait de savoir si le mariage d'un musulman naturalisé français avec une tunisienne devant des notaires musulmans, et sans publication préalable, est régulier. Remarquons tout de suite qu'il ne s'agit pas du mariage de deux français, mais d'un fran-

çais et d'une tunisienne ; mais peu importe, car il s'agit de savoir si l'absence de publication préalable peut entraîner la nullité d'un mariage dans tous les cas, sans distinguer suivant qu'il y a ou non fraude à la loi. La Cour d'Alger a annulé le mariage comme « contracté sans publicité ». Elle n'a pas recherché si, *en fait*, le musulman naturalisé français avait omis sciemment la formalité de la publication préalable, pour cacher, par exemple une union antérieure, et ainsi éluder la loi française qui interdit un deuxième mariage avant la dissolution du premier. Elle a même adopté une thèse que nous avons déjà réfutée et qui consiste à dire que le mariage des Français en Tunisie doit être célébré suivant les formes édictées par le décret de 1886. Elle considère le décret du 29 juin 1886 comme obligatoire, et s'imposant aux Français, qui sont tenus de faire célébrer par l'officier de l'état civil leur mariage. Elle ignore qu'un décret de 1908 a rendu obligatoires les déclarations de naissance et de décès en Tunisie, ce qui prouve bien que le décret antérieur de 1886 avait un caractère purement facultatif ; la Cour d'Alger elle-même a décidé dans un précédent arrêt « que l'état civil est facultatif en ce sens que chacun peut y contracter mariage soit devant l'officier de l'état civil soit devant le Consul de sa nationalité, soit devant le ministre du culte » (Alger, Berge, 1916.

p. 177). L'Européen ou le Français peut donc se marier suivant la forme qu'il préfère. S'il adopte la forme religieuse, locale, l'absence de publication préalable, conformément à l'article 170, n'entraîne pas par elle-même la nullité du mariage, et ici la Cour d'Alger méconnaît la solution admise par tous les auteurs et par la jurisprudence métropolitaine, que nous avons rapportée, et d'après laquelle le défaut de publicité est sanctionné seulement par l'article 192, et non par la nullité du mariage. Il faut, en outre, et surtout, démontrer qu'il y a fraude à la loi française et indiquer les éléments de fait qui ont entraîné la conviction du tribunal. Pour notre part, nous estimons qu'une fois de plus, la Cour d'Alger, juridiction d'appel des tribunaux de la Tunisie, a fait table rase des principes fondamentaux et des lois de la Tunisie ; elle a oublié que la Tunisie n'est pas une colonie, mais un pays de protectorat, donc un pays étranger, — que le mariage ne doit pas forcément être célébré devant l'officier de l'état civil parce que cette forme laïque instituée par le décret tunisien de 1886 est une forme tunisienne de contracter mariage, et par suite ne s'impose pas aux Européens, et aux Français en particulier. Elle n'a pas, enfin, tenu compte de la jurisprudence française, métropolitaine, d'après laquelle, nous l'avons vu, le défaut de publication n'est pas en principe une

cause de nullité. Elle a surtout négligé d'asseoir sa décision sur des motifs de nature à permettre à la Cour Suprême d'exercer efficacement son contrôle et de remplir son rôle de régulateur, dans l'intérêt du droit exclusivement.

Il est pénible pour nous d'être contraint de nous élever contre un arrêt de la Cour d'Alger, juridiction d'appel des tribunaux de Tunisie. Mais, cette décision prouve une fois de plus que les justiciables de Tunisie ne trouvent pas à Alger les garanties d'une bonne justice. Il ne faut pas perdre de vue qu'Alger est à huit cents kilomètres de Tunis, et que les magistrats d'Alger, si distingués juristes soient-ils, ignorent à peu près tout de la législation spéciale et complexe de la Tunisie. Nous en avons une fois de plus la manifestation regrettable. Il appartient au Gouvernement de protéger les justiciables et de leur assurer une bonne et saine justice ; nous ne voyons pas d'autre moyen que la création à Tunis d'une Cour d'appel, aux frais de l'Etat tunisien naturellement. Les doléances de la Tunisie exposées si brillamment par M. le bâtonnier Duran-Angliviel au Congrès des Avocats de 1927 et que nous reprenons pour notre compte, trouveront-elles un écho auprès des pouvoirs publics ? Nous sommes bien sceptiques : Alger a des députés, Tunis n'a que des fonctionnaires.

Troisième cas. — Les mariages mixtes.

Nous entendons par mariages mixtes les mariages entre une Tunisienne et un Européen, ou entre une Européenne et un Tunisien. Nous assignons un sens restreint et bien limité à cette expression, et nous laissons de côté les mariages célébrés entre deux Européens de nationalité différente, et les mariages entre deux Tunisiens de religion différente.

En effet, le mariage de deux Européens de nationalité différente ne présente en Tunisie aucune particularité vraiment attachante. Les tribunaux appliquent simplement les règles ordinaires du droit international privé. Comme nous l'avons vu, même si les parties sont étrangères toutes les deux, le tribunal français de Tunisie est obligé de se déclarer compétent, en vertu des traités et de son origine historique. Il appliquera, dans ce cas, au fond du procès, les règles ordinaires qu'appliquent les tribunaux de France.

Quant aux mariages entre Tunisiens de religion différente, ils sont inconcevables. Le droit religieux, coranique ou mosaïque, ne reconnaît aucune valeur au mariage d'un croyant avec une infidèle; la différence de religions constitue un obstacle à la célébration du mariage. Le seul

moyen, dans ce cas, consiste pour l'un des époux à se convertir à la religion de l'autre époux, et ainsi le ministre du culte commun peut célébrer un mariage valable. Mais, à la suite de scandales récents, une jeune fille juive ayant voulu épouser un jeune musulman qu'elle aimait, une circulaire de la Direction de l'Intérieur a prescrit aux notaires tunisiens de ne célébrer de pareils mariages, qu'après en avoir référé auparavant à la Direction. On a voulu ainsi éviter toute cause de friction entre deux éléments de la population tunisienne également conservateurs et farouchement attachés à leurs traditions.

Nous allons donc, nous cantonnant dans les limites que nous nous sommes tracées, étudier maintenant les mariages mixtes proprement dits.

Nous avons déjà signalé plus haut la fréquence des naturalisations au sein de la population juive de la Régence. Le développement croissant de l'instruction française parmi la jeunesse juive a eu pour heureux résultat d'amener à la France une élite qui s'est imposée dans toutes les branches de l'activité intellectuelle de la Régence. Mais la majorité de la population juive, vivant misérablement malgré l'aide d'une multitude de sociétés philanthropiques, est restée tunisienne, parce qu'il faut des titres spéciaux pour acquérir la qualité si enviée de citoyen français. Il en résulte que des

mariages entre juifs français et juifs tunisiens sont très fréquents.

D'autre part, il y a une catégorie d'israélites que l'on appelle livournais ou portugais, parce qu'ils descendent de juifs venus d'Espagne ou surtout de l'Italie septentrionale. Ces israélites sont pour la plupart de nationalité italienne, et il leur arrive souvent d'épouser des israélites tunisiens.

Suivant quelles formes, ces mariages peuvent-ils être célébrés ? Dans quels cas le mariage sera-t-il considéré comme valable ? Telles sont les questions que nous allons examiner.

Il convient d'écarter tout d'abord le mariage en la forme consulaire. Depuis la loi du 29 novembre 1901, qui a complété l'article 170 du Code civil, il semble bien que les agents diplomatiques ou les Consuls de France peuvent célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère. Mais le dernier alinéa de l'article 170 indique « que toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République ». Les décrets du 29 décembre 1901 et 2 août 1902 qui ont désigné un certain nombre de pays à civilisation différente de la civilisation occidentale n'indiquent pas la Tunisie. Remarquons, en passant, que le Maroc était visé par ce décret de

1901, mais que les consulats ayant été supprimés dans le protectorat chérifien, il n'y a plus de mariage consulaire possible.

Les parties ont donc, à leur disposition, les formes usitées en Tunisie et qui sont, nous le savons maintenant, la forme religieuse et la forme civile.

Lorsque les deux futurs époux appartiennent à la même confession, ils peuvent faire bénir leur union par le ministre de leur culte. Un tel mariage est valable au regard de la loi civile comme de la loi religieuse. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer explicitement sur cette hypothèse : mais la solution n'en est pas moins certaine et découle des principes mêmes des deux législations qui se trouvent en présence, sans être en conflit. La loi religieuse est respectée puisque le mariage, par hypothèse, est célébré suivant les rites qu'elle prescrit. Vis-à-vis de la loi de l'époux européen, le mariage est valable parce qu'il a été contracté suivant les formes usitées dans le pays.

Mais si le mariage a eu lieu à la municipalité, devant l'officier de l'état civil, quel va être le sort d'une pareille union, si l'on songe surtout que l'un des époux est tunisien, et que sa loi personnelle dénie toute valeur au mariage célébré dans une autre forme que celle qu'elle prescrit ?

Certains auteurs ont distingué suivant qu'il s'agissait du mariage d'un Français avec une

Tunisienne ou du mariage d'un Tunisien avec une Française.

Dans le premier cas, disent-ils, la femme suivant la condition de son mari est française, et par suite son mariage est valable : du moment que les deux époux sont français, c'est la loi française seule qui doit être appliquée pour savoir si le mariage est valable.

Dans le deuxième cas, au contraire, la femme française ne peut devenir tunisienne, la nationalité tunisienne ne s'acquérant pas par le mariage ou par naturalisation. Il s'ensuit que le mariage est valable pour la femme, et nul pour le mari tunisien, comme contraire à sa loi personnelle.

Cette distinction est arbitraire et repose sur un raisonnement faux. Dans l'hypothèse d'une Tunisienne mariée à un Français, on résout la question par la question. Il n'est pas certain tout d'abord que la femme suive la condition de son mari; nous démontrerons même le contraire, en étudiant plus loin les effets du mariage. Mais, à supposer que la femme devienne française, elle ne le devient que si son mariage est valable, et c'est précisément le problème qu'il s'agit de résoudre. Dans la deuxième hypothèse, il s'agit de savoir d'après quelle loi il faut apprécier la validité du mariage, et il n'est rien moins que certain que ce soit la loi du mari.

Nous estimons donc qu'il est peu juridique de distinguer entre les deux hypothèses. Dans les deux cas, la connaissance du litige appartient à la juridiction française : en effet, du moment que l'une des parties est française, le procès ressort de la compétence du tribunal français. Quelle est alors, — et c'est ici qu'apparaît le conflit entre la loi tunisienne et la loi française, — la loi que le tribunal français saisi va appliquer au fond du litige ? Il y a tout d'abord un conflit de qualifications à résoudre : la célébration du mariage se rattache-t-elle aux conditions de fond ou de forme du mariage ? Nous savons depuis la savante étude de l'éminent professeur de la Faculté de Paris, M. Bartin (*Etudes de droit international privé*), que l'on applique, pour résoudre un conflit de qualification, la *lex fori*. Par application de la loi française, le tribunal va décider que la célébration du mariage est une condition de *forme*. De tout temps, en effet, les juristes et le législateur ont classé la célébration du mariage parmi les conditions de forme. Et alors le conflit proprement dit, devient aisé à résoudre : les questions de formes extrinsèques des actes sont régies par la règle *Locus regit actum* ; cette règle s'applique incontestablement parce que nous sommes dans le domaine international ; le mariage a été célébré suivant l'une des formes usitées en Tunisie. La forme civile ayant

été instituée en Tunisie par le décret de 1886, le mariage célébré suivant cette forme est valable.

Il n'y a donc nullement besoin de se reporter à la loi personnelle de l'un des époux. Le mariage a été célébré selon la loi internationalement compétente, et doit produire tous les effets légaux du mariage.

La jurisprudence s'est implicitement rangée dans ce sens ; elle fait produire à de tels mariages les effets les plus complets, ce qui indique bien qu'elle les considère comme réguliers (Cf. Tunis, 28 novembre 1923, Berge, 1924, p. 173 ; Alger, 2 mai 1928, *Gas. Pal.*, n° du 3 octobre 1928, Berge, 1928, p. 361).

CHAPITRE II

LES EFFETS DU MARIAGE

Nous avons vu que le mariage entre deux Tunisiens n'est valable, en vertu des principes consacrés par le décret beylical du 31 juillet 1884, que s'il est célébré d'après les formes prescrites par la loi religieuse. Un tel mariage produira tous les effets découlant de la loi nationale, c'est-à-dire religieuse, des époux (V. S. Tibi, *Le statut personnel des israélites*, t. II, p. 77 ; Sautayra et Charbonneau, *Droit Musulman*).

En ce qui concerne le mariage des Tunisiens célébré devant l'officier de l'état civil, nous avons vu qu'il doit être considéré comme inexistant, et, par suite, n'engendre aucun effet ; il ne peut même être considéré comme un mariage putatif, puisque cette institution n'existe ni dans le droit musulman ni dans le droit mosaïque.

La situation des sujets algériens est à peu près analogue à celle des tunisiens ; le mariage est régi quant à ses effets par la loi musulmane s'il est célébré en la forme musulmane ; mais le tribunal

compétent est le tribunal français qui remplit les fonctions dévolues en Tunisie au tribunal du Charâ et fait office en Algérie de Cadi. Mais lorsque le mariage est célébré devant l'officier de l'état civil, les époux sont censés avoir renoncé à leur statut personnel et avoir opté pour la loi française, qui régira désormais les effets de leur mariage. Nous avons déjà souligné cette particularité, et nous avons expliqué qu'une telle renonciation n'était possible en Algérie que parce qu'elle était autorisée par un texte positif, tandis qu'en Tunisie il n'en était pas de même.

Si nous examinons alors le mariage de deux Européens, nous remarquons qu'il produit en Tunisie des effets plus complets qu'en France, et que tous les effets attachés au mariage par la loi nationale des époux sont appliqués couramment par les tribunaux de Tunisie. L'ordre public tunisien ne s'oppose pas à l'application intégrale de la loi étrangère en Tunisie.

Il nous faut maintenant, et c'est le problème le plus délicat, analyser les effets des mariages mixtes, au sens restreint que nous avons assigné à ce mot. Un Européen épouse une Tunisienne, un Tunisien épouse une Européenne. Quels effets vont produire ces unions que nous tenons pour légales et légitimes ?

L'effet le plus important, puisqu'il va servir de

point de départ pour l'étude des effets civils du mariage a trait à la nationalité. Le mariage a-t-il pour effet de conférer à la femme la nationalité de son mari ?

La loi du 10 août 1927 est venue transformer complètement toute la matière de l'acquisition de la nationalité française par le mariage. Avant cette loi, le Code civil, dans les articles 12 et 19, posait le principe de l'unité de nationalité dans le ménage. D'après l'article 12, l'étrangère qui épouse un Français devenait Française. La jurisprudence avait été même jusqu'à décider que, lorsque le mariage était dissous par le divorce, la femme d'origine étrangère et devenue française par son mariage conservait cette dernière qualité et ne pouvait recouvrer sa nationalité d'origine que par l'effet d'une réintégration (V. Louis Crémieu, *La semaine juridique*, 24 novembre 1927, n° 47, p. 1347. L'influence exercée par le mariage sur la nationalité). L'article 19 donnait la même règle dans l'hypothèse inverse : la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari. Les seules exceptions apportées étaient relatives au cas de mariage d'une Française avec un étranger dont la loi n'impose pas l'unité de nationalité dans le ménage, et au cas de mariage avec un heimatlos : dans ces deux cas seulement, la Française conservait sa nationalité d'origine.

La loi du 10 août 1927 renverse complètement les règles du Code civil. L'article 8 de cette loi dit textuellement : « La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de Française que sur sa demande expresse ou si, en conformité des dispositions de sa loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari. »

« La femme française, qui épouse un étranger conserve la nationalité française à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier.

« Elle perd la qualité de Française si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier. »

Ainsi dorénavant, lorsqu'une femme étrangère épouse un Français, elle conserve, en principe, sa nationalité d'origine. Elle n'acquiert la nationalité de son mari que dans deux cas : lorsqu'en vertu de sa loi nationale, elle doit suivre nécessairement la condition de son mari, et lorsque sa loi nationale étant muette sur ce point, elle demande expressément à acquérir la nationalité française.

Inversement la Française qui épouse un étranger reste Française, à moins de déclaration contraire de volonté, ou si la loi du mari stipule que

la femme suit la condition de son mari, auquel cas la femme perd sa nationalité d'origine pour devenir étrangère.

Tel est le nouveau statut de la nationalité ; la loi du 10 août 1927 abroge toutes les dispositions contraires, en particulier les articles 12 et 19 du Code civil (art. 13 de la loi de 1927).

En cas de mariage d'un Français avec une Tunisienne, cette dernière devient-elle alors obligatoirement Française ou conserve-t-elle sa nationalité d'origine ? Cela revient à se demander si la loi du 10 août 1927 est applicable à la Tunisie.

A s'en rapporter à la lettre stricte de la loi, l'article 15 dispose que « La présente loi est applicable à l'Algérie, ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion ». Il semble donc en résulter que cette loi n'a pas été faite pour la Tunisie. Disons tout d'abord que ce n'est pas la première fois que le législateur métropolitain omet la Tunisie, ce qui n'empêche pas les tribunaux de déclarer la loi applicable à la Tunisie. Nous en avons un exemple frappant dans la loi sur les sociétés à responsabilité limitée. Mais, si nous recherchons les motifs qui ont inspiré le législateur et le but qu'il visait en élaborant la loi du 10 août 1927, nous constatons qu'il a voulu régler toute la matière de la nationalité, qui ressortit au droit public, et intéresse au plus haut

point l'Etat lui-même, en groupant dans un même texte ordonné, systématique, toutes les dispositions relatives à la nationalité et éparpillées dans le Code civil, Code de droit privé exclusivement (Cf. sur ce point Instructions ministérielles du 13 août 1927 relatives à l'application de la loi du 10 août 1927, *Journal officiel français* du 14 août 1927). La loi du 10 août 1927 est donc le véritable « code de la nationalité » ; mais il n'en demeure pas moins qu'elle s'est substituée aux articles du Code civil, aujourd'hui abrogés. Elle revêt le caractère de loi modificative des textes du Code civil relatifs à la nationalité. Elle doit donc être appliquée *de plano* à la Tunisie, sans avoir besoin d'être promulguée par un décret beylical, puisqu'elle modifie des textes de lois promulgués en Tunisie. Il est certain et constant que la nationalité d'une personne fait partie de son statut personnel : la loi française telle qu'elle est en vigueur en France doit s'appliquer aux Français de Tunisie.

D'autre part, on est à peu près d'accord aujourd'hui pour décider que les lois françaises doivent être déclarées applicables de plein droit à la Tunisie sans promulgation spéciale. Nous n'entrerons pas dans la démonstration de cette thèse qui a été brillamment défendue par M. le Président Rectenwald et par M. R. Saada (G. Rectenwald, *Revue algérienne* 1920-2-82 ; R. Saada, *Essai sur*

l'œuvre de la justice française en Tunisie, thèse Lyon, 1928). Disons seulement qu'elle est conforme à la tradition historique; en effet, avant l'établissement du protectorat, l'on appliquait aux Français la loi française telle qu'elle était, sans intervention des pouvoirs locaux, ce qui aurait constitué une atteinte à la souveraineté française. Comment l'établissement du protectorat aurait-il pour effet d'amoindrir les droits des Français, d'en faire des citoyens frappés d'une *deminutio capitis* par rapport aux Français de France ? Ce serait absurde et inconcevable (Cf. *Tunisie Française*, n° du 18 août 1928, *Le statut de la nationalité française* par R. de la Porte). La loi relative à l'état des personnes (et la nationalité d'un individu ne fait-elle pas partie de son état ?) suit les nationaux partout où ils se trouvent.

Enfin, à supposer pour un instant que la loi du 10 août 1927 ne soit pas reconnue applicable, quelle loi régirait la nationalité des Français de Tunisie ? On ne peut appliquer les textes du Code civil, abrogés par l'article 13 de la loi de 1927 et n'ayant donc plus aucune force légale.

Nous arrivons ainsi à la conclusion suivante : la loi du 10 août 1927 est certainement applicable *de plano* à la Tunisie.

Est-ce à dire que cette loi s'applique dans son entier, même dans celles de ses dispositions qui

sont en contradiction avec des textes législatifs spéciaux à la Tunisie ? Ce serait là une erreur que nous ne voulons pas commettre. Il existe, en effet, une loi du 20 décembre 1923 qui réglemente les conditions d'acquisition de la nationalité française par voie de naturalisation et de réintégration (pour les femmes françaises mariées à des étrangers). Cette loi de 1923 dispose donc sur des matières réglementées par la nouvelle loi, à portée plus générale, du 10 août 1927. Il est évident que la loi de 1927 n'a pas abrogé de pareilles dispositions.

De même, un projet de loi vient d'être déposé par le Gouvernement qui a pour but de mettre les dispositions relatives à la nationalité française en Tunisie en harmonie avec celles de la loi de 1927 sur la nationalité française. (Voir l'analyse sommaire de ce projet dans la *Presse Coloniale* du 6 novembre 1929). Ce projet détermine, pour la Tunisie, les conditions d'acquisition de la nationalité française en vertu du *jus sanguinis* et du *jus soli*. La loi de 1927 s'appliquera, sauf dans celle de ses dispositions contraires soit à la loi de 1923, soit à la loi future sur la nationalité en Tunisie.

La conclusion à laquelle nous avons abouti doit donc être rectifiée et complétée ainsi : la loi de 1927, véritable code de la nationalité, est appli-

cable de plein droit à la Tunisie, dans la mesure où elle ne présente pas de contradiction avec une disposition légale, spéciale à la Tunisie.

Et ainsi s'explique aisément la solution, donnée en mai 1928, par la Chancellerie dans l'affaire suivante : une Française, devenue Italienne par son mariage avec un Italien, et ayant obtenu la séparation de corps, forme une demande en recouvrement de nationalité française, conformément à l'article 14 de la loi de 1927, qui prévoit en particulier, une déclaration devant le Juge de Paix. Le Juge de Paix, jurisconsulte distingué, quoique persuadé de l'inapplicabilité de la loi de 1927 en l'espèce, reçoit la demande, après avis favorable du Parquet ; le dossier ayant été transmis à la Chancellerie, celle-ci décide que la demande en réintégration dans la qualité de Française doit être introduite suivant la procédure prévue par la loi du 20 décembre 1923 sur la naturalisation en Tunisie.

La solution donnée par la Chancellerie est l'illustration de notre thèse : du moment que la loi du 20 décembre 1923, sur la nationalité en Tunisie, prévoit une procédure spéciale pour les demandes en réintégration, il n'y a pas lieu d'appliquer le texte général, la procédure nouvelle de la loi de 1927. L'application de la loi de 1927 n'a été écartée qu'en raison de l'existence d'un texte de loi spécial à la

Tunisie. Mais dans l'hypothèse qui nous occupe, la nationalité de la femme tunisienne mariée à un Français, il semble hors de doute que la loi nouvelle soit exclusivement applicable aux lieux et places de l'ancien article 12 du Code civil. Comme on l'a dit fort justement : « Il n'y a pas deux catégories de citoyens français, les uns vivant en France, les autres résidant en Tunisie. Il importe que la question soit tirée au clair et juridiquement résolue par une discussion qui fasse autorité et qui dise que les Français et Françaises de Tunisie ne sont pas juridiquement moins français que les autres » (R. de la Porte, art. précité).

Quelles vont être alors les conséquences du mariage d'un Français avec une Tunisienne, au point de vue de la nationalité ? La femme, en principe, conserve sa nationalité. Il n'existe pas, en Tunisie, de textes d'où l'on puisse induire que le mariage entraîne un changement de nationalité pour la femme. La jurisprudence est constante sur ce point : « Attendu, dit un jugement du Tribunal de Tunis, qu'il n'existe dans le droit du pays aucune règle de laquelle on puisse induire que le mariage implique un changement de nationalité pour la femme » (Tunis, 10 juin 1908, Berge, 1908, 452 ; Cf. encore : Sousse, 30 juin 1922, Berge, 1923, page 184, Sousse, 11 mai 1902, Berge, 1906, 95 ; Tunis, 5 janvier 1907, Berge, 1907, 369 ; Alger,

14 avril 1908, Berge, 1908, 585). Il n'y a donc plus qu'un moyen pour la tunisienne d'acquérir la nationalité française : c'est d'en faire la demande expresse préalablement à toute célébration. Hormis ce cas, le principe posé par l'art. 8 de la loi de 1927 demeure intact : la femme reste tunisienne.

Est-ce à dire que la loi de 1927 aille entraver la politique de naturalisation entreprise par la France en Tunisie ? Il serait très simple pour le Gouvernement de prescrire aux officiers de l'état civil d'expliquer à la femme tunisienne qui veut se marier à un Français, qu'elle ne suit pas nécessairement la condition de son mari ; mais qu'elle peut devenir française, en signant préalablement au mariage une déclaration expresse par laquelle elle optera pour la nationalité française. Il y aurait lieu, en même temps, d'organiser pour cela la procédure prévue par le décret du 10 août 1927, article 8 : « ... Si l'intéressée n'acquiert pas nécessairement en conformité de son statut la nationalité de son mari, et si, par application de l'article 8 de la loi sur la nationalité, elle manifeste l'intention d'acquérir la nationalité française, elle doit souscrire dans ce but, avant la célébration du mariage, une déclaration devant l'officier de l'état civil ».

« Cette déclaration est établie en double exemplaire. L'un des exemplaires est remis à l'inté-

ressée, l'autre est adressé, avec une expédition de l'acte de mariage à la chancellerie, par l'intermédiaire du Procureur de la République pour être déposé dans ses archives ».

Nous avons jusqu'ici examiné la situation de la femme tunisienne qui épouse un Français, et nous avons conclu qu'en principe, il y avait dualité de lois dans le ménage. Il en est de même au cas de mariage d'un Tunisien avec une Européenne. L'Européenne conserve toujours sa nationalité d'origine ; nous avons vu plus haut qu'en droit tunisien, le mari ne confère pas sa nationalité à sa femme : celle-ci conserve donc toujours sa nationalité. Si elle est Française, cela résulte de l'article 8 de la loi de 1927 ; si elle est Italienne, aux termes de l'article 14 du Code civil italien, elle ne devient étrangère qu'à la condition que son mariage lui fasse acquérir la nationalité de son mari, ce qui n'est pas le cas. Le mari, tunisien, va donc conserver le bénéfice de son statut personnel, qui met tous les avantages du côté de l'homme et qui accable la femme de toutes les charges et de toutes les incapacités. Aussi, le Gouvernement du Protectorat a-t-il essayé de protéger la femme européenne en l'avertissant par avance des dangers qu'elle courait en épousant un tunisien. Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil est tenu de faire remarquer à la femme les inconvé-

nients d'un tel mariage ; la circulaire enjoignant de ce faire, est ainsi conçue : « Les Municipalités
« sont parfois sollicitées de procéder au mariage
« d'Européens avec des Musulmans ou Israélites
« originaires de Tunisie ou d'Algérie et non natu-
« ralisés.

« L'intervention de l'officier de l'état civil ne
« pouvant modifier le statut personnel de ces indi-
« gènes, il en résulte que les Européennes ne
« trouvent pas dans le mariage ainsi célébré les
« garanties de leur propre législation, puisque
« leurs époux conservent un statut qui comporte
« la polygamie, la répudiation, etc.

« Vous voudrez donc bien, toutes les fois que
« vous serez saisi d'une demande de célébration
« de mariage entre Musulmans ou Israélites tuni-
« siens ou algériens, non naturalisés, d'une part
« et Françaises ou Européennes, d'autre part, en
« référer à ce Secrétariat général qui vous don-
« nera, selon les cas, les instructions nécessaires.

« Je vous prie de vouloir bien m'accuser récep-
« tion de la présente circulaire. (Signé) : Roy »
(circulaire n° 57, en date du 3 décembre 1912).

Cette circulaire est encore en vigueur, et chaque fois qu'il est requis de procéder aux publications à fin de mariage entre un Tunisien et une Française, l'officier de l'état civil est tenu de transmettre la demande de célébration à la Direction de

l'Intérieur, qui a succédé au Secrétariat Général du Gouvernement Tunisien. La Direction de l'Intérieur répond par une lettre dont communication est donnée à la femme.

En résumé, le principe, est le suivant : quand l'un des époux est tunisien, chacun d'eux conserve sa nationalité, et, partant, son statut personnel.

Il nous est possible, maintenant que ce principe a été mis en lumière, d'analyser les effets des mariages mixtes. Cette étude ne présente un intérêt que dans l'hypothèse de mariage d'un Tunisien avec une Européenne : dans l'hypothèse inverse, la femme tunisienne ne risque rien puisque la loi de son mari la protège suffisamment. Au contraire, dans notre cas, il y a deux statuts en présence, il s'agit de les concilier, sans les dénaturer ou paralyser leur application.

1° *Le devoir de secours*, à la charge des deux époux, n'est qu'une application particulière de l'obligation alimentaire. C'est là une règle d'ordre public et aucune difficulté ne s'est présentée sur ce point en pratique. L'obligation de secours est en effet prévue tant par la législation européenne que par la législation tunisienne, droit coranique, ou droit mosaïque. En droit mosaïque, elle découle d'un verset de la Bible ainsi conçu : « Le mari ne doit frustrer sa femme ni de sa nourriture, ni de son habillement ni de son droit conjugal »

(Exode, chap. 21, V, 10). Un décret beylical a même étendu aux tunisiens l'application de la loi sur l'abandon de famille.

2° *Le devoir d'assistance* consiste dans l'obligation pour chaque époux de donner des soins au conjoint malade ou infirme et de supporter les inconvénients de sa maladie. Cette obligation existe aussi en droit mosaïque (Cf. Deutéronome, Ch. XVI, v. 11, 12, 13 et 14 cités par S. Tibi, *op. cit.*, t. II, p. 80).

3° *Le devoir de cohabitation* est sanctionné aussi par les deux législations.

4° *Le devoir de fidélité* est sanctionné en droit français, au pénal par le délit d'adultère, et au civil par le droit pour l'époux trompé de demander le divorce ou la séparation de corps. C'est au sujet du devoir de fidélité que les magistrats du Tribunal de Tunis, M. le Conseiller Berge surtout, ont donné la mesure de leur sagacité juridique. Le droit tunisien admet en effet la bigamie ; il y a donc rupture complète entre deux législations qui procèdent de deux civilisations opposées ; il n'y a pas de points de contact, pas de commerce possible entre les deux lois.

Il faut bien poser les principes pour aboutir à une solution solidement établie. Le mari conservant son statut personnel, puise dans ce statut la

faculté d'épouser une autre femme, sans encourir les sanctions de la bigamie.

Mais la Cour d'Alger a combattu cette thèse dans son arrêt du 2 mai 1928 (*Gaz. du Pal.*, n° 3 octobre 1928, Berge, 1928, p. 361) : « Attendu, dit cette décision, qu'en acceptant d'épouser une femme française conservant sa nationalité et son statut personnel et en faisant célébrer son mariage conformément aux prescriptions du décret du 29 juin 1886 et sans remplir aucune des formalités de la loi mosaïque sur le mariage, le sieur C. s'est implicitement engagé à respecter dans ses rapports avec sa femme les devoirs que la loi française impose à l'époux et les droits que cette loi réserve à l'épouse ». Il ressort de là que le Tunisien en faisant célébrer son mariage pardevant un officier de l'état civil et en épousant une Française a eu l'intention de renoncer à son statut personnel, et d'adopter le statut personnel de sa femme.

Cette solution, comme malheureusement beaucoup d'autres, a été inspirée à la Cour d'Alger par l'analogie qu'elle croit exister entre la loi tunisienne et la loi algérienne. Nous avons déjà dit plus haut qu'en Algérie tout sujet algérien qui faisait un acte devant un officier de l'état civil français était considéré comme ayant opté pour la législation française. Influencée par cette règle qu'elle applique couramment, la Cour d'Alger a

statué dans le même sens sans prendre en considération d'abord que la Tunisie est un pays étranger et non comme l'Algérie un territoire français, — ensuite que l'officier de l'état civil en Tunisie est un fonctionnaire tunisien, et que l'officier d'état civil correspondant à l'officier d'état civil français ou algérien est le vice-Consul de France, — enfin que le mariage est une institution légale et non un contrat (Cf. Ripert, *Traité pratique, Le mariage*, t. II).

La Cour d'Alger surtout a méconnu le caractère impératif des lois régissant l'état et la capacité des personnes, que la jurisprudence pousse si loin qu'elle en arrive à dire, ce qui est exagéré, de l'avis des auteurs les plus réputés, que ces lois sont d'ordre public (Cf. Colin et Capitant, Planiol et Ripert, etc...). On ne peut par un simple acte de volonté restreindre ou modifier une loi d'état. Cette règle est indiscutable et ne souffre aucune exception.

Non seulement nous estimons que le mari n'a pas renoncé à se prévaloir de son statut personnel, mais nous pourrions même appliquer la solution préconisée par la majorité des auteurs, et par la Conférence de la Haye, et dire que le mari étant le chef du ménage, c'est sa loi qui doit l'emporter en cas de dualité de législations par suite de dualité de nationalités. Mais, comme nous l'avons

laissé voir, nous n'allons pas jusque-là et nous disons : le mari conserve sa nationalité, la femme conserve la sienne. Les effets du mariage seront ceux prévus par la loi nationale de chaque époux. C'est ce que met en lumière la décision empreinte d'un sens juridique parfait, rendue par le Tribunal de Tunis sous la présidence de M. Berge. « Dans ce cas, il faut reconnaître que chacun des époux a conservé son statut personnel, pour après, résoudre au mieux les difficultés que le conflit inévitable des lois ne manque pas de faire surgir » (Berge, 1908, p. 452).

La femme européenne se trouvera-t-elle alors sans défense en face de son mari, qui peut se marier une deuxième fois ou entretenir une concubine ? Nullement ; la femme ne peut, sans doute, demander le divorce ou la séparation de corps pour adultère, ou bigamie, mais le deuxième mariage de son mari ou ses rapports avec une concubine constituent des injures graves qui autorisent la femme à demander le divorce ou la séparation de corps à son profit. La femme a donc à sa disposition une arme légale, l'arme même que lui accorde sa propre loi et dont elle peut se servir contre son mari tunisien. Le principe que nous avons posé est ainsi respecté. Les deux statuts sont appliqués : le mari a pu valablement se

remarier, mais la femme européenne peut rompre à son gré une union contraire à sa dignité (Cf. encore Tunis, 28 novembre 1923, Berge, 1924, p. 173).

CHAPITRE III

LE RÉGIME MATRIMONIAL

Il peut sembler, à première vue, peut-être hasardeux de notre part de rattacher le régime matrimonial au droit de famille. Mais en creusant bien les caractères du régime matrimonial, l'on s'aperçoit tout de suite qu'il existe un lien entre le mariage et le contrat de mariage. Comme on l'a dit fort justement : « Le lien qui unit le régime
« matrimonial au mariage lui-même est si étroit
« qu'il existe alors même que les époux ont, dans
« les limites fixées par la loi, organisé eux-mêmes,
« leur régime matrimonial ; même dans ce cas
« leur statut patrimonial est intimement rattaché
« au statut personnel de gens mariés.

« Le régime matrimonial n'a-t-il pas pour but
« principal d'affecter les ressources des époux à
« l'entretien du ménage et à l'éducation des
« enfants ? N'est-il pas, d'autre part, en rapport
« étroit avec les règles qui gouvernent l'incapa-
« cité de la femme mariée ? » (Planiol et Ripert,

Traité pratique, t. VIII, Les régimes matrimoniaux, avec le concours de M. Nast, 1925).

On ne peut mieux mettre en relief la solidarité qui existe entre le mariage et le régime matrimonial.

Nous allons donc dans ce chapitre analyser les conséquences au point de vue du régime matrimonial du mariage célébré en Tunisie. Il nous faut distinguer, pour examiner toutes les faces du problème, plusieurs hypothèses.

A. — Les deux époux sont Tunisiens.

Lorsque deux Tunisiens se marient suivant le rite mosaïque ou musulman, en Tunisie, il n'y a pas de conflit de lois, quant à la personne ou quant au lieu : il manque un élément pour imprimer le caractère international à une pareille union. Le régime matrimonial sera donc celui prévu par la seule loi applicable en l'espèce, c'est-à-dire la loi religieuse. Sans doute il y a en droit mosaïque certaines coutumes locales qui varient sur certains points, mais cela ne veut pas dire que l'on applique une loi différente. « La loi mosaïque dit bien que le régime matrimonial est celui de la coutume du domicile qu'ils vont prendre, quand ce domicile n'est pas au lieu même du mariage. Mais cela doit s'entendre des coutumes hébraïques locales, qui peuvent être dissemblables sur cer-

tains points tout en laissant toujours subsister le fonds commun du régime matrimonial israélite; que ce n'est pas certainement la substitution à ce régime matrimonial légal d'un pays étranger que la disposition de la loi rabbinique visée a en vue; qu'ainsi sans qu'il y ait à rechercher si la loi rabbinique est absolument fermée à l'idée de communauté conjugale, ce n'est pas du moins en vertu du renvoi éventuel par la loi rabbinique à la coutume du domicile matrimonial que la dame S. peut efficacement soutenir sa prétention » (Trib. Civ. Seine, 7 mars 1918, Berge, 1918, p. 185).

Ce jugement fortement et longuement motivé illustre d'une manière frappante cette idée élémentaire, à savoir que lorsque deux époux tunisiens se sont mariés en Tunisie, suivant le rite mosaïque, on ne peut songer à leur appliquer la règle de droit international privé en vertu de laquelle c'est à la loi du domicile matrimonial et non à celle du lieu de mariage qu'il faut s'attacher pour déterminer le régime matrimonial des époux. Il faut dans ce cas appliquer purement et simplement les règles édictées par la loi commune des époux.

B. — Les deux époux sont Français

La solution française adoptée par la jurisprudence en matière de mariage des Français à l'étran-

ger remonte à Dumoulin, dans la fameuse consultation aux époux de Ganay (Cf. Pillet, *Traité pratique de droit international privé* ; Pillet, Cours de doctorat professé pendant le 2^e semestre 1926 à la Faculté de droit de Paris).

Nous savons que le principe de la liberté des conventions matrimoniales inscrit dans le Code civil autorise les Français à adopter le régime matrimonial du pays où ils se trouvent, à condition que les clauses du régime adopté n'enfreignent pas certaines prescriptions du Code civil (art. 1387). Lorsque les époux mariés à l'étranger n'ont pas fait de contrat de mariage, la jurisprudence a commencé par dire avec Dumoulin, qu'en vertu de leur volonté tacite les époux devaient être considérés comme soumis au régime en vigueur au lieu de leur domicile matrimonial, le domicile matrimonial étant le lieu où les époux comptent passer leur vie conjugale. Puis à partir du milieu du xix^e siècle, on a remarqué justement qu'il n'y avait rien de nécessaire à ce que ce régime soit celui de leur domicile, et l'on a alors tenu compte des manifestations directes de la volonté des époux. Enfin plus récemment, on a abouti à la formule suivante : le seul point à considérer est l'intention des époux et la loi du domicile matrimonial elle-même, malgré sa longue prépondérance n'a d'autre titre à être appliquée

que cette intention révélée par les circonstances (Cf. Pillet, Cours précité).

En résumé, la grande règle de droit international privé en matière de régime matrimonial, c'est que les époux peuvent adopter sous certaines réserves le régime du pays où ils rédigent leur contrat de mariage, et que, dans la recherche de leur régime, au cas de non rédaction d'un contrat, il faut se référer à leur volonté tacite.

Sans entrer dans des considérations critiques, voyons l'application de cette règle en Tunisie.

Il est certain, tout d'abord, que lorsque les époux se sont mariés au contrôle civil ou à la municipalité, ils ont manifesté clairement leur intention de soumettre leurs rapports pécuniaires à leur loi nationale. De même les Italiens qui se marient au Consulat ont entendu adopter la loi nationale. On applique dans ce cas la loi nationale par interprétation de la volonté tacite des époux.

Mais supposons, — et c'est ici que réside toute la difficulté, — que deux époux français se soient mariés suivant le rite mosaïque. Nous avons dit déjà que ce mariage était valable. Quel va être alors le régime matrimonial des époux ? La jurisprudence tunisienne fait ici une distinction selon que la kétouba est transcrite ou non au consulat de France. Lorsque les époux se sont mariés religieusement, sans transcrire leur kétouba au Consu-

lat de France, ils sont présumés avoir soumis leurs conventions matrimoniales à la loi mosaïque (Cf. en ce sens Alger, 14 novembre 1889, Berge, 1889, p. 29 ; Tunis, 28 décembre 1891, Berge, 1896, p. 524). Faut-il conclure de là par un raisonnement *a contrario* qu'en cas de transcription la loi française s'applique ? Nullement, car la publicité dont le Code civil entoure le contrat de mariage ne peut s'appliquer qu'en France, et cela est facile à comprendre : la loi du 10 juillet 1850 organise une publicité devant l'officier de l'état civil qui doit interpellier les futurs époux pour savoir s'ils ont passé un contrat de mariage. L'acte de mariage renfermera l'indication de la passation ou de l'absence d'un contrat de mariage. Lorsque des Français se marient à l'étranger suivant les formes du pays où ils se trouvent, on conçoit aisément que cette publicité soit souvent impossible, comme par exemple, en Tunisie, où le mariage religieux, forme admise par l'usage, n'est pas entouré de publicité. En réalité, les décisions précitées font allusion non pas à la publicité du contrat de mariage prévue par la loi de 1850 et l'article 67 du Code de commerce, mais à celle de l'acte de mariage lui-même. On étend audacieusement l'application de l'article 171 au contrat de mariage. Les époux seraient donc forcés de transcrire leur contrat de mariage à leur retour en France ; et

comme la chancellerie du Consulat, en vertu de la fiction d'exterritorialité est considérée comme territoire français, le contrat de mariage peut y être transcrit. Cette obligation pour les époux qui reviennent en France de transcrire leur contrat de mariage en même temps que leur acte de mariage a été rejetée par toute la doctrine, sauf Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (*Traité de droit civil*, t. I, p. 189). Un jugement du 4 mars 1880 (S. 81. 2. 265, D. 81. 2. 210) a statué dans le même sens que la majorité de la doctrine, et déclare expressément que « ni la loi du 10 juillet 1850 ni l'article 67 du Code de commerce n'étaient applicables au cas de mariage célébré suivant les formes locales ».

Nous concluons donc ceci : peu importe que le contrat de mariage ait été transcrit ou non au Consulat de France. Le problème doit être envisagé sous un autre angle : il s'agit de savoir si des israélites français peuvent adopter pour leurs rapports pécuniaires la loi mosaïque.

Certains auteurs prenant une à une les clauses usuelles de la kétouba ont démontré que certaines d'entre elles étaient incompatibles avec le droit français, et semblaient nettement contraires à l'ordre public ; et ils ont alors aussitôt conclu que les époux avaient fait un contrat de mariage nul, et que par suite leur régime ne pouvait être que le

régime légal, la communauté. Mais cette argumentation pêche par la base. Il n'est pas du tout démontré que, quelques clauses du contrat étant nulles, tout le contrat doit être annulé. Au contraire, il est constant que le contrat de mariage est divisible ; la nullité qui atteint une clause n'a d'effet que sur cette clause et laisse subsister toutes les autres clauses du contrat. La nullité de quelques clauses n'entraîne pas nécessairement celle des autres (en ce sens Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. VI, p. 108 ; Cassation, Chambres réunies, 31 juillet 1892, D. 92. 1. 369).

D'autre part, la këtouba est un acte complexe : à côté des clauses touchant au régime matrimonial proprement dit, il y en a d'autres relatives à la dévolution successorale, aux droits successoraux des enfants, etc., etc. Il est évident que pour connaître les rapports pécuniaires des époux, on doit se référer seulement aux clauses de régime matrimonial, en faisant complètement abstraction des autres. Si certaines clauses touchent au droit successoral, on n'a pas à en tenir compte lorsqu'il s'agit de régler les reprises de la femme, ou de connaître les biens propres de la femme. Cette distinction entre les clauses de la këtouba relatives au régime matrimonial et les clauses d'ordre successoral a été mise en relief par un jugement du Tribunal de Tunis du 3 mars 1909 (Berge, 1909,

535) rendu sous la présidence de M. Berge. En ce qui concerne la question des droits successoraux de la femme, on a fait application de la loi successorale, c'est-à-dire la loi nationale du *de cujus* ; pour les reprises de la femme, on a appliqué intégralement les règles de la këtouba, non contraires à l'ordre public. Le même jugement consacre définitivement la possibilité pour des époux français de faire régir leurs relations pécuniaires par la loi mosaïque. Voici quelques attendus : « Attendu qu'il est de règle que le Français qui se marie à l'étranger et qui y passe un contrat de mariage est présumé avoir voulu soumettre son régime matrimonial aux règles de la loi locale ; que pour parler d'une façon précise, et pour serrer de plus près la difficulté, le principe de la liberté des conventions matrimoniales permet au Français qui se marie à l'étranger d'adopter le régime matrimonial établi par la loi ou une des lois du pays où il se trouve, si cela est réellement sa volonté ; — que spécialement le Français israélite qui passe un contrat de mariage à Tunis devant les notaires israélites pour régler les conditions pécuniaires de son union fait quelque chose de valable et qui doit être respecté. » Cf. encore Tunis, 25 mars 1914, Berge, 1914, 336.

Remarquons enfin, que la këtouba doit précéder le mariage. Il arrive souvent que des Français se

mariant civilement et célèbrent ensuite leur union religieuse, qui comporte notamment la conclusion d'une këtouba. Cette këtouba est naturellement sans aucune valeur puisqu'elle est rédigée après le mariage et que l'immutabilité des conventions matrimoniales interdit toute modification au contrat de mariage ou postérieure au mariage. L'unanimité des auteurs rattache le principe de l'immutabilité à la capacité des parties (Cf. notamment Planiol et Ripert, t. VIII). En vertu donc de leur loi nationale, les époux ne peuvent modifier leurs conventions matrimoniales qui se trouvent fixées le jour de la célébration du mariage, en cas de non rédaction d'un contrat antérieur.

Que dire maintenant du cas très fréquent en pratique : deux Tunisiens mariés suivant la loi mosaïque acquièrent la nationalité française par voie de naturalisation. Que va-t-il advenir de leur régime matrimonial ? On a prétendu ici encore que le régime de la këtouba étant contraire à l'ordre public, et les époux ayant sollicité leur naturalisation, on ne peut plus leur appliquer la loi mosaïque mais seulement la loi française.

Cette opinion est trop peu juridique pour mériter une discussion. Nous avons dit et démontré plus haut que la këtouba n'était pas précisément nulle comme contraire à l'ordre public et qu'il fallait faire une discrimination entre les clauses de

régime matrimonial proprement dit et les clauses successorales qui, elles, peuvent froisser la conception française de la dévolution successorale. Et surtout, tous les auteurs, tous les tribunaux sont d'accord pour admettre qu'il faut se placer à l'époque de la célébration du mariage pour déterminer la loi applicable et qu'il n'y a pas à tenir compte des changements ultérieurs de nationalité (Cf. Planiol et Ripert, t. VIII, p. 15 ; Aubry et Rau, annoté par Bartin, t. VII, § 504 *bis*, p. 546-VI ; Audinet, Despagnet, Pillet ; Cass. civ. 30 janv. 1854, D. 54. 1. 61 ; Seine, 88, Clunet, 93, 413 ; Seine, 7 mars 1918, Berge, p. 185, 1918).

Notre regretté maître de la Faculté de Paris explique cette solution par l'idée du respect international des droits acquis (Cf. Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. II).

Et puis, appliquer aux époux un autre régime parce qu'ils ont changé de nationalité, et de tunisiens sont devenus français, n'est-ce pas violer la loi française elle-même que l'on croit appliquer, n'est-ce pas enfreindre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui, comme nous l'avons dit plus haut, est une règle de capacité. Les époux, étant français, ne peuvent pas dans leur nouvelle législation le droit de modifier leurs conventions matrimoniales ; puisque les époux sont français, c'est au regard de la loi fran-

çaise et non de la loi mosaïque qu'il faut se placer pour rechercher si les époux peuvent apporter des modifications à leurs conventions matrimoniales. La loi française le leur interdit, et il s'agit là d'une disposition impérative. Les époux devenus français conserveront donc le régime sous lequel ils se sont placés au jour de la célébration de leur mariage.

C. — Les deux époux sont de nationalité différente.

Nous allons étudier maintenant les effets quant aux relations pécuniaires des époux, des mariages mixtes, c'est-à-dire, des mariages entre un Français et une Tunisienne, et un Tunisien et une Française.

α) MARIAGE D'UN FRANÇAIS AVEC UNE TUNISIENNE

Il est évident que si le mariage est célébré devant l'officier de l'état civil, le seul régime concevable n'est que le régime de la communauté légale. Ici nous ne faisons qu'appliquer la solution française, la théorie de l'autonomie. En recherchant la volonté des parties, il semble hors de doute que ce soit à la loi française que les époux ont voulu se référer pour le règlement de leurs rapports pécuniaires. Mais, dira-t-on, cette solution est peut-être admise par la loi du mari, tandis que la loi de la femme restée tunisienne, — depuis la

loi de 1927, au cas où elle n'aurait pas demandé à suivre la condition de son époux, — prohibe peut-être les clauses de communauté, s'il faut en croire des auteurs comme MM. Sautayra et Charleville (Code Rabbinique, t. II, p. 85): « Les Israélites mariés avec une seule këtouba sont régis, il est vrai, quant à l'administration de leurs biens, par des règles spéciales, mais ces règles n'ont été établies en droit rabbinique comme en droit français que pour le cas où les époux n'auraient pas fait des conventions particulières. Lorsque les conventions ont été faites, les parties ont manifesté leur intention, leur volonté, c'est à cette convention, c'est à cette volonté qu'il faut s'en référer, c'est donc au contrat fait conformément aux lois laïques, qu'il faut recourir, et cela quelle que soit la date du contrat fait en la forme profane, qu'il soit antérieur ou postérieur à la këtouba » (Jurisprudence citée, par S. Tibi, en ce sens : 11 janvier 1831, Colmar D. P. 32. 2. 123; Alger, Trib. Comm., 23 novembre 1886, aff. Medioni c. Medioni; 29 novembre 1867, Alger, Trib. Comm., Dme Solal c. Solal; 5 août 1868, Alger, Trib. Comm., Dme Kanoni c. Canoni).

Il en est tout autrement lorsqu'un Français a épousé une Tunisienne suivant le mode religieux (loi coranique ou loi mosaïque) et a passé son contrat de mariage devant les notaires musulmans ou

les rabbins. Il est évident que dans ce cas, l'intention des époux telle qu'elle résulte de ces circonstances a été de soumettre leurs conventions matrimoniales à la loi religieuse (En ce sens, 14 novembre 1889, Berge, 1899, 29). La jurisprudence semble, ici encore, ne conclure dans ce sens que « si l'acte de mariage n'a été transcrit ni en Algérie, à la mairie du pays d'origine de l'époux, ni, en Tunisie, au Consulat de France ». Nous avons déjà dit ce qu'il fallait penser de cette exigence, de cette extension abusive de l'article 171 du Code civil : il faut rejeter sans hésitation cette réserve, et conclure à l'application générale de la loi religieuse.

b) MARIAGE D'UN TUNISIEN AVEC UNE FRANÇAISE

Dans cette hypothèse comme dans la précédente, il faut rechercher l'intention des parties telle qu'elle résulte des circonstances.

Lorsqu'un Tunisien aura épousé une Française suivant la forme religieuse, par réciprocité avec le cas précédent, nous dirons que la femme comme le mari ont entendu faire régir leurs rapports matrimoniaux par la loi religieuse. Et pourtant ce n'est pas cette thèse qui a prévalu dernièrement devant le Tribunal civil de Tunis dans l'affaire Lasram (29 juin 1927). Voici quelques attendus de

cette intéressante décision : « Attendu que la défenderesse en contractant mariage avec un musulman tunisien n'a pas perdu sa nationalité et qu'elle a conservé sa nationalité; attendu qu'au regard de la juridiction française et des lois applicables par cette juridiction en Tunisie, et en ce qui concerne les nationaux français, la Régence de Tunis est, en vertu du principe d'exterritorialité, considérée comme territoire français; qu'il découle de ce principe que la loi française est la *lex loci*; attendu qu'en cas de conflit entre deux lois, c'est la loi française qui doit être appliquée aux nationaux français; attendu que l'union formée entre Lasram et la dame P. n'a été précédée d'aucun contrat de mariage réglant leurs droits matrimoniaux; attendu que dans ce cas, d'après la loi française, c'est le régime de la communauté qui doit être appliqué ». Que penser de pareille argumentation? Le tribunal a envisagé la question comme s'il se trouvait en présence de deux Français, ce qui est déformer les données du problème à lui soumis. A supposer qu'il se fût agi de deux Français, le tribunal a fait appel à un principe que la jurisprudence, comme nous l'avons montré, n'applique plus, le principe d'exterritorialité. Nous avons vu que lorsque deux Français se marient suivant le mode religieux pratiqué en Tunisie, ils étaient censés, — on se contente de rechercher

leur volonté, — avoir voulu se soumettre, quant à leur régime matrimonial, aux usages admis par la loi religieuse, sous l'empire de laquelle ils se sont placés. Pourquoi, au rebours de cette jurisprudence, si unanime et surtout si juridique, faire appel à la notion d'exterritorialité, qui ne peut trouver d'application en l'espèce, puisqu'elle ne vise que l'hypothèse où les deux parties sont françaises. Une fiction doit être limitée aux besoins pour lesquels elle a été créée. Nous sommes bien dans le domaine du droit international, puisque l'une des parties est de nationalité étrangère ; et alors, comment peut-on, sans fournir un seul moyen à l'appui, affirmer comme un axiome : en cas de conflit entre deux lois, c'est la loi française qui doit être appliquée aux nationaux. Il faut donc décider, que, le régime matrimonial de deux époux, dont le mari est tunisien et la femme française, est le régime prévu par la loi tunisienne, lorsque les époux se sont mariés conformément à la loi religieuse.

Nous avons ainsi terminé l'étude des conflits relatifs au régime matrimonial, et il ne faut pas trop s'imaginer que l'application des solutions auxquelles nous avons abouti soit si aisée. Cela tient à plusieurs raisons que nous avons déjà exposées. Tout d'abord la Tunisie est soumise à un régime hybride qui n'est pas l'annexion mais qui

n'est pas l'indépendance. Ensuite les deux lois en conflit n'appartiennent pas à la même communauté juridique ; or nous savons que les règles de droit international privé n'ont été faites et ne sont concevables que pour les pays appartenant, par leur législation, à la même communauté internationale. Va-t-on faire appel à la notion de l'ordre public ? Il ne peut être question, dans une matière où le principe dominant est le principe de l'autonomie de la volonté, de faire appel à l'ordre public, dont le champ d'application est encore plus restreint en Tunisie qu'en France.

Il faut donc malgré tout essayer de concilier des lois aussi différentes en respectant les principes fondamentaux du droit public et du droit privé. C'est ce que nous avons tâché de faire en étudiant les conflits relatifs au régime matrimonial.

CHAPITRE IV

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS

Pour des raisons diverses, indiquées limitativement dans toutes les législations européennes, l'époux a le droit de demander le divorce ou la séparation de corps. Les sujets tunisiens puisent dans la loi religieuse, qui régit leur statut personnel, la faculté exorbitante, réservée aux seuls hommes, de répudier leurs femmes, c'est-à-dire de rompre à leur gré l'union conjugale. Cette faculté n'est pas en réalité, aussi excessive, surtout en droit mosaïque ; les commentateurs ont su dégager des principes du Deutéronome les conditions exigées pour que le mari puisse recourir à la répudiation (Cf. Tibi, t. III, p. 67).

Comment va-t-on résoudre les conflits entre des législations aussi différentes ? c'est ce que nous allons étudier dans le présent chapitre en examinant : 1° l'aptitude à divorcer ; 2° les causes du divorce ; 3° les effets du divorce.

I. — La première question qui se pose est la suivante : à quelle loi faut-il se référer pour déter-

miner l'aptitude au divorce, à la séparation de corps ou à la répudiation? En d'autres termes quelle est la loi applicable en matière de dissolution de mariage?

Deux hypothèses sont possibles : les époux sont tous deux de nationalité française, les époux sont l'un tunisien et l'autre français.

A. — Les deux époux sont tous deux
de nationalité française.

Le principe, incontestable, peut se formuler ainsi : quel que soit le mode de célébration du mariage, celui-ci ne peut être dissout que par le divorce ou la séparation de corps. En d'autres termes les seuls modes de dissolution possibles sont ceux indiqués par la loi française.

En effet, la loi française autorise le mariage suivant les formes usitées dans un pays étranger, en vertu de la règle *Locus regit actum*, qui s'applique exclusivement à la forme extrinsèque des actes. Mais l'union ainsi contractée reste soumise désormais à la loi française. Les règles du mariage sont des règles protectrices de la personne, elles suivent la personne partout où elle se trouve : le mariage reste soumis à la loi nationale des époux. Tous les effets civils attachés par la loi au mariage s'appliquent à toute union entre deux Français,

même si leur mariage a été célébré en la forme étrangère.

Les exemples ne manquent pas dans la jurisprudence tunisienne. Le tribunal de Tunis a eu à se prononcer implicitement, mais très clairement à l'occasion de mariages célébrés en Tunisie devant un prêtre et dissous par le divorce : les époux ainsi divorcés s'étaient remariés, et l'un des époux demanda alors la nullité du deuxième mariage. Il soutenait que le premier mariage n'avait pu être dissous par le divorce, puisqu'il avait été contracté religieusement, et que le mariage, en droit canonique, est indissoluble. Mais le tribunal a fort justement repoussé cette thèse, en ne prenant en considération que la loi civile : « Attendu qu'au regard de la loi civile, le précédent mariage avait été légalement dissous ; Attendu qu'en Tunisie le mariage contracté devant un ministre du culte produit les mêmes effets *civils* que celui contracté dans les formes édictées par les articles 63 et suivants du Code civil ; Attendu qu'il en découle que le mariage (celui dont on demande la nullité) est, au regard de la loi civile, pleinement valable, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'en prononcer la nullité pour des motifs d'ordre canonique dont ils n'ont pas à connaître » (Tunis, 17 mars 1926, Berge, 1926, p. 368. Cf. Tunis, 28 octobre 1925, Berge, 1926, p. 13. Cf. dans le même sens Tunis,

22 mars 1899, Berge, 1902, p. 557 ; Alger, 10 mars 1879, Robe, 1879, p. 87).

Cette jurisprudence, assise sur des principes juridiques certains, semble pourtant trop rigoureuse pour les personnes croyantes dont la conscience n'est pas satisfaite par une dissolution civile de leur mariage. Vis-à-vis de leur conscience, le mariage célébré religieusement est seul valable : de même, la seule dissolution possible de ce mariage ne peut être qu'une dissolution conforme à leur loi religieuse. Or, la loi mosaïque, en particulier, n'accorde la faculté de dissoudre le mariage qu'au mari : la femme ne peut que contraindre son mari à lui remettre l'acte de répudiation, mais elle ne peut en aucun cas demander la dissolution du mariage. Il en est résulté, en pratique, un inconvénient grave, surtout pour la femme française de religion israélite qui, malgré le divorce prononcé par le tribunal qui dissolvait civilement son mariage, ne pouvait pas se remarier religieusement, tant que son mari ne la répudiait pas (Cf. Alger, 9 avril 1908, Berge, 1909, 60). La femme, à notre avis, ne peut obtenir du tribunal français la remise forcée de l'acte de répudiation par voie d'astreinte, car il ne s'agit pas là d'une obligation souscrite par le mari ; elle ne peut s'adresser au tribunal rabbinique dont la sentence ne pourrait être exécutée à l'encontre d'un Fran-

çais, justiciable des tribunaux français. Elle ne peut que réclamer des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 : le mari qui s'obstine sans motifs plausibles à accorder l'acte de répudiation cause un préjudice dont il doit réparation.

B. — Le mari et la femme sont de nationalité différente.

Lorsque le mari est tunisien et la femme française, nous avons dit, en étudiant les effets du mariage quant à la personne des époux, que chacun des époux gardant sa nationalité, se trouve régi par son statut personnel. Faut-il étendre cette règle au droit de demander la dissolution du mariage ? Va-t-on donner la préférence à l'une des deux lois qui se trouvent en présence, ou va-t-on les appliquer simultanément, et dans ce dernier cas de quelle manière ?

Le problème a été envisagé directement par le tribunal de Tunis, qui, dans un jugement d'une logique impeccable (Berge, 1908, p. 452 déjà cité), a conféré à la femme française le droit de demander le divorce lorsque son mari, de nationalité tunisienne, l'a répudiée conformément à sa loi personnelle. La répudiation a été valablement faite par le mari, puisque les effets de son mariage sont régis par la loi mosaïque. Mais elle n'a qu'un effet

relatif, et ne dissout pas le mariage à l'égard de la femme. Et, comme s'expriment les magistrats, « il n'y a rien d'étrange à admettre que la répudiation du mari ne produit d'effet qu'en ce qui le concerne et ne dissout l'union conjugale qu'à son égard, alors qu'en droit français, une jurisprudence abondante a accepté qu'un mariage ne soit dissous qu'à l'égard d'un des époux par le divorce, tandis que l'autre époux en obtenait le maintien comme corollaire de la séparation de corps ». La femme se trouve donc, malgré la répudiation, dans les liens du mariage. C'est par erreur qu'un jugement du tribunal de Tunis a considéré l'union comme définitivement dissoute par la répudiation et a décidé que les époux ne peuvent demander le divorce (Berge, 1913, p. 205). Au regard de la loi française à laquelle la femme française se trouve soumise malgré son mariage avec un tunisien, l'épouse répudiée *more judaico* conserve encore sa qualité d'épouse, nonobstant cette répudiation. Elle peut alors se servir de l'arme que lui fournit le législateur français, et demander le divorce. Quant au motif, il semble bien que la répudiation de la femme constitue pour elle une injure grave qui l'autorise, aux termes du Code civil, à demander le divorce aux torts et griefs de son mari.

La Cour d'Alger a reconnu le droit pour la femme française mariée à un tunisien de deman-

der le divorce, mais au lieu de le faire découler simplement du statut personnel que la femme a conservé en conservant sa nationalité, elle l'attribue à une prétendue obligation implicite souscrite par le mari de « respecter dans ses rapports avec sa femme les devoirs que la loi française impose à l'épouse et les droits que cette loi réserve à l'épouse ».

En résumé, l'on applique à chacun des époux son statut personnel de telle façon que la femme française se trouve relativement protégée.

Dans l'hypothèse inverse, au contraire, si nous respectons la logique des principes, il s'ensuit que la femme mariée à un français, restée tunisienne en vertu de la loi de 1927, n'est pas efficacement protégée puisqu'elle ne peut, ayant conservé son statut personnel, s'adresser au tribunal pour divorcer, et que, son statut personnel ne reconnaissant le droit de répudiation qu'au mari, elle ne peut davantage s'adresser au tribunal rabbinique. La femme ne pourra se tirer de cette situation gênante qu'en assignant son mari pour le contraindre à la répudier sous peine de dommages-intérêts. C'est là un moyen peu juridique, mais l'équité commande aux tribunaux de trouver une solution de nature à empêcher l'injustice qui consiste pour une femme à demeurer dans les liens du mariage, alors que son ex-mari, après avoir obtenu le

divorce, a pu se remarier légalement. On peut encore faire appel à l'ordre public. Il y a rupture entre deux législations procédant de conceptions tout à fait opposées. « Il n'y a conflit international de lois qu'autant qu'il y a conflit entre dispositions légales de droit privé correspondant à des Etats indépendants, mais en outre dominées par les idées fondamentales de la civilisation européenne » (Bartin, *op. cit.*, p. 69). La loi française et la loi mosaïque sont trop dissemblables, elles n'appartiennent pas à la même communauté juridique, à cette communauté pour laquelle les règles de droit international privé ont été instituées. Le tribunal en présence d'une disposition du droit mosaïque aussi choquante, doit substituer à cette loi sa propre loi, et admettre une demande en divorce de la part de la femme. La logique cède ici pour des raisons d'ordre public.

Nous avons indiqué déjà le moyen pratique de prévenir cette conséquence malheureuse de la loi du 10 août 1927 : il faut obtenir de la femme tunisienne épousant un français une déclaration par laquelle elle adopte la nationalité de son mari. La femme sera ainsi sous l'empire d'une loi qui la protège bien plus efficacement que cette loi farouchement antiféministe qu'est la loi de Moïse.

II. — Voyons maintenant quelles sont les raisons qui peuvent étayer une demande en divorce

ou en séparation de corps devant le tribunal français de Tunisie. Nous avons vu que l'aptitude à divorcer dépend de la loi nationale des époux; c'est également cette loi qui est compétente pour déterminer les causes de divorce qu'ils peuvent invoquer. Mais en France on considère généralement que l'ordre public s'oppose à ce que le tribunal prononce le divorce ou la séparation de corps d'étrangers pour une cause qu'admet leur loi nationale mais que prohibe la loi du pays où il est demandé (Tr. Marseille, 21 février 1902, Cl. 1904, p. 188, Pillet et Niboyet, *Manuel pratique*; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. II, p. 415). Ainsi la séparation de corps par consentement mutuel prohibée par l'article 307 du Code civil ne pourrait être prononcée entre époux étrangers par un tribunal français.

Les principes exposés au début de notre travail, en particulier la nature spéciale de la juridiction française, continuatrice des anciennes juridictions consulaires, nous commandent une solution contraire, en Tunisie. Le Tribunal de Tunis, lorsqu'un procès entre deux Italiens, par exemple, lui est soumis doit appliquer intégralement la loi nationale, s'il s'agit d'une demande en séparation de corps par consentement mutuel; l'ordre public métropolitain ne s'applique pas en l'espèce. C'est ainsi que, quotidiennement, la chambre du conseil

du tribunal civil de Tunis homologue des séparations de corps amiables, lorsque les parties sont toutes deux italiennes.

Mais supposons que l'un des époux séparés de corps par consentement mutuel acquière la nationalité française par voie de naturalisation. Nous sommes en présence de ce que M. Martin appelle heureusement un conflit *mobile*. Nous savons que malgré les critiques justifiées de la doctrine (Pillet, Planiol et Ripert, Rapport de M. le conseiller Ambroise Colin dans l'affaire Ferrari, D. 1922. 1. 142), la jurisprudence de la Cour de cassation est fortement établie en ce sens que l'époux séparé devenu français puise dans son nouveau statut personnel le droit de demander le divorce. Ce point ne peut plus être discuté en pratique, et la majorité des tribunaux, y compris le tribunal de Tunis, statuent dans ce sens. L'époux devenu français pourra-t-il alors demander la conversion en divorce de la séparation amiable ayant fait l'objet d'un jugement en chambre du conseil? Comme on l'a fait justement remarquer, « il y a là une impossibilité logique et une impossibilité matérielle : impossibilité logique, car la cause du divorce prononcé sur conversion se trouverait être une cause non acceptée par nos lois françaises, et impossibilité matérielle ; supposons qu'il s'agisse d'une séparation de corps, par consentement mutuel, comment appli-

quer l'article 310 en ce qui concerne la charge des dépens, et de la pension alimentaire, ce texte supposant qu'un des époux a *obtenu* la séparation en justice? » (Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. II, p. 588; Cf. encore Pillet et Niboyet, *Manuel*). La séparation de corps amiable ne peut donc être convertie en divorce pour des raisons d'ordre public qui s'imposent, puisque l'époux demandeur est, par hypothèse, naturalisé français, partant, soumis à la loi française qui ne reconnaît pas ce motif de divorce, le consentement mutuel.

III. — Il nous reste enfin à rechercher la loi compétente pour les effets du divorce. « Ces effets sont déterminés par la loi nationale des intéressés : ainsi en est-il de la pension alimentaire, de la garde des enfants, des empêchements à un nouveau mariage, du délai de viduité. Ce sont des questions intéressant la famille des époux divorcés et l'ordre public de leur pays ; l'application du statut personnel s'impose ».

CHAPITRE V

LES SUCCESSIONS

Il semble étrange au lecteur français de voir la matière des successions rattachées à une étude sur les conflits de lois en matière de statut personnel. Nous savons, en effet qu'en France, dans l'état actuel de la jurisprudence, on classe les successions dans le statut réel. Pour les immeubles, la règle de l'ancien droit, « les coutumes sont réelles », qui visait surtout le statut des successions, a été consacrée par l'article 3, alinéa 2 du Code civil : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Les rédacteurs du Code, dans leurs commentaires, ont déclaré que cet article visait la « disposition des biens », ce qui, dans la terminologie du xviii^e siècle, signifiait « organiser la dévolution successorale » (Cf. Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, p. 620). En ce qui concerne les meubles, on applique la règle de l'ancien droit, *mobilia sequuntur personam*, considérée comme une règle de statut réel, et en vertu de laquelle les

meubles sont censés être situés au domicile du défunt, même s'ils se trouvent en des endroits différents : on applique la loi du domicile du *de ejus*.

La conception traditionnelle en Tunisie est toute opposée. La Tunisie a été, de très bonne heure, un pays de capitulations dans lequel prévalait le système de la personnalité des lois : on appliquait à chaque européen sa loi nationale ; la matière des successions était ainsi rattachée au statut personnel (Cf. sur la notion de statut personnel en matière de conflit international de lois et de conflit du type colonial, Martin, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 25). Les traités antérieurs à l'établissement du protectorat et que la France s'est engagée à respecter spécifient tous que la loi nationale du *de ejus* s'applique exclusivement à sa succession. Les conventions postérieures, conclues par la France, stipulent la même règle (Protocole de 1896 entre la France et l'Italie). La solution découle encore de l'article 2 de la loi foncière tunisienne qui est ainsi conçu : « Les dispositions du Code civil français qui ne sont contraires ni à la présente loi ni au statut personnel ou aux règles des successions des titulaires de droits réels immobiliers, s'appliquent en Tunisie aux immeubles immatriculés et aux droits réels, sur ces immeubles ». En ce qui concerne les Tunisiens,

Musulmans et Israélites, le Gouvernement du protectorat a consacré la solution traditionnelle dans l'article 2 du décret du 31 juillet 1884, que nous avons cité à plusieurs reprises. C'est ainsi qu'on applique aux israélites de nationalité italienne la loi italienne : cette loi déterminera les diverses questions relatives à la dévolution successorale. La succession d'un Israélite italien se partagera par parts égales entre tous ses enfants sans distinction de sexe et sans privilège d'aînesse, tandis que dans la succession d'un Israélite tunisien, les filles n'auront aucune portion de l'hérédité paternelle et pourront seulement réclamer une dot. Il eût été étonnant que la Cour d'Alger appliquât ces règles consacrées par des traités et des dispositions législatives : la Cour d'Alger ne peut pas arriver à comprendre que la Tunisie soit un Etat étranger, soumis au *protectorat* français, ce qui est un régime bien différent de l'annexion ; et la Cour d'Alger, à qui sont dévolus les appels des jugements des juridictions de Tunisie, de proclamer le plus sérieusement du monde, à propos de la Tunisie : « Attendu que les immeubles dépendant de la succession d'un sujet étranger sis sur un territoire soumis à la loi française, sont régis par cette loi » (Alger, 12 mai 1926, Berge, 1926, p. 244). Nous ne commenterons pas davantage cet arrêt. En résumé, malgré la Cour d'Alger et en vertu des textes existants en Tunisie,

pour déterminer les règles applicables à la succession mobilière ou immobilière du *de cuius*, on prend en considération sa loi nationale.

Cette solution, de prime abord, est si simple qu'elle ne semble pas de nature à soulever de difficultés. Et pourtant les procès roulant sur des successions sont encore plus nombreux en Tunisie que partout ailleurs et comportent des problèmes dont la solution est bien malaisée.

On se demande tout d'abord si le renvoi est applicable à la Tunisie. Nous savons que, lorsque, d'après les règles de conflits de lois d'un pays, la loi d'un autre pays est applicable, on applique les règles du droit international de ce dernier pays. On se trouve ainsi renvoyé à la loi que les dispositions étrangères de conflits de lois déclarent compétente (Pillet et Niboyet, *Manuel pratique*, p. 379; Bartin, *Principes*, p. 200). Le renvoi est admis à l'heure actuelle par la jurisprudence de tous les pays ; plusieurs lois étrangères le consacrent, mais limité à des institutions touchant au statut personnel. Ainsi, la loi fédérale suisse du 27 décembre 1874 en matière de mariage et de divorce ; de même l'article 27 de la loi d'introduction du Code civil allemand ; enfin la convention de la Haye, relative au mariage, du 12 juin 1902.

Il semble donc naturel qu'à leur tour, les tribunaux de Tunisie adoptent et appliquent le renvoi

(Cf. Tunis, 2 avril 1924 rendu sous la présidence de M. Dramard).

Nous estimons, pour notre part, qu'il n'est pas possible de faire appel au renvoi en Tunisie. La juridiction française est l'héritière des juridictions consulaires abrogées; elle s'est substituée à ces dernières pour rendre la justice à leurs ressortissants. Mais les traités de renonciation ont tous pris soin de stipuler que la loi nationale, exclusivement, régirait le statut personnel de leurs ressortissants. Le régime des capitulations continue donc, mais les prérogatives des anciennes juridictions consulaires sont passées dans les mains de la juridiction française. Lorsque celle-ci est amenée à juger un différend entre deux ressortissants d'un même pays, elle joue le rôle de juridiction nationale : aucun conflit de lois ne lui est soumis; elle doit donc appliquer la loi nationale en matière successorale, mais les dispositions *internes* de la loi nationale, celles-là même qu'appliquaient les anciennes juridictions consulaires. Notre thèse n'est qu'une conséquence rigoureuse et logique des principes fondamentaux que nous avons exposés dans notre première partie. Il est incontestable, que la Tunisie est encore un pays de Capitulations : tous les jugements le déclarent et le proclament sans hésitation et sans équivoque. La juridiction française a absorbé toutes les anciennes

juridictions, mais sous cette réserve, acceptée par la France, c'est qu'on appliquera aux nationaux leur loi nationale, comme s'ils se trouvaient encore, en vertu de la fiction d'exterritorialité, devant leur juridiction consulaire, c'est-à-dire en territoire national.

L'application du renvoi conduit d'ailleurs à des difficultés qui ont embarrassé la Cour d'Alger et dont le tribunal de Tunis a su se tirer aisément. La loi anglaise, par exemple, renvoie à la loi du domicile pour déterminer les règles de la dévolution successorale d'un anglais. Quelle est la loi du domicile, à supposer que le *de cujus* soit décédé en Tunisie? Est-ce la loi tunisienne, est-ce la *lex fori*? et quelle est la *lex fori*?

Il est certain tout d'abord qu'on ne peut appliquer la loi tunisienne. C'est une loi qu'il est impossible d'appliquer à des ressortissants européens en raison de son caractère éminemment religieux et essentiellement réservée aux musulmans et aux juifs. Ensuite, le tribunal français qui est, par hypothèse, le seul compétent puisqu'il s'agit de la succession d'un européen, ne peut appliquer, par renvoi de la loi anglaise, que sa propre loi, la loi française et non la loi tunisienne. Appliquer la loi tunisienne, ce serait pour la juridiction française admettre le renvoi au second degré, c'est-à-dire le renvoi qui est fait non à la loi du juge saisi du pro-

cès, mais à la loi d'un pays tiers. Or la jurisprudence des tribunaux de France n'a pas encore, à l'heure actuelle, admis le renvoi au second degré (Cf. en ce sens Pillet et Niboyet, *Manuel*, p. 385).

Appliquera-t-on alors la loi française? En vertu de quel principe peut-on dire que la *lex domicilii* soit en Tunisie la loi française? Nous avons déjà répété souvent que la Tunisie est un pays étranger. On ne peut ici faire appel à la fiction d'exterritorialité, puisqu'il ne s'agit pas de nationaux français : l'application de ce principe devrait conduire logiquement, s'agissant de la succession d'un *de cujus* anglais à considérer comme loi du domicile la loi anglaise.

Nous aboutissons ainsi en faisant application du renvoi en matière successorale à une impasse dont il est difficile de sortir. Le Tribunal de Tunis a fait alors appel au caractère *sui generis* de la juridiction française en Tunisie : « Attendu que les pouvoirs de juridiction qui étaient exercés par les consuls ont été abandonnés par les différentes nations au profit de la France et qu'ils ont été transmis aux tribunaux français qui les exercent à leur place ; — qu'il en découle que la *lex loci*, au point de vue de la juridiction française exerçant les pouvoirs juridictionnels à elle transmis, *peut être la loi même de ces nations* » (Tunis, 2 avril 1924, Berge, 1925, p. 12). C'est revenir par un long

détour à la solution que nous avons proposée, et qui consiste dans l'application des dispositions internes de la loi nationale à la succession d'un européen décédé en Tunisie. Le Tribunal de Tunis, se considérant comme continuateur de l'ancienne juridiction anglaise, a appliqué directement la loi anglaise, dans ses dispositions internes relatives aux successions. Mais il était superflu d'appliquer auparavant la théorie du renvoi, et il suffisait simplement de mettre en lumière le trait caractéristique de la juridiction française en Tunisie que nous avons maintes fois souligné.

Nous avons jusqu'ici appliqué rigoureusement la loi nationale du *de cuius*. La nationalité des héritiers exerce-t-elle une influence sur la compétence, et surtout, sur la loi applicable à la succession d'un *de cuius*? Voici l'espèce qui a été soumise aux tribunaux. Un israélite tunisien meurt laissant une femme et un fils tous deux de nationalité française. Quelle est la loi qui va régir cette succession, la loi française ou la loi mosaïque?

Deux opinions se trouvent en présence. Un arrêt de la Cour d'Alger du 31 décembre 1902, confirmant un jugement du tribunal de Tunis du 20 février 1901, s'est prononcé pour l'application de la loi religieuse, et par suite pour l'incompétence des tribunaux français : « Attendu, dit cet arrêt, que les consorts B. excipent en vain de leur qualité

personnelle de sujets français pour demander leur renvoi devant la juridiction française; qu'ils oublient en effet qu'aux termes des articles 2 et 3 combinés du décret beylical du 31 juillet 1884 (visé par la Résidence générale), les successions des sujets tunisiens musulmans et israélites sont de la compétence des tribunaux religieux de la Régence, quelle que soit la nationalité des parties en cause». En sens contraire, un jugement fortement motivé du tribunal de Tunis du 15 janvier 1926 conclut dans le sens de l'application à la succession d'un tunisien de la loi française (Tunis, 15 janvier 1926, Berge, 1926, p. 151).

La première opinion invoque les articles 2 et 3 du décret du 31 juillet 1884, et conclut à l'application par ce tribunal religieux de la loi religieuse. A notre avis, c'est étendre un peu loin la portée du décret du 31 juillet 1884. Du moment que les héritiers sont de nationalité française, le tribunal compétent devrait être le tribunal français; quant au fond du procès, la loi applicable serait celle du *de cujus*: en cas de jugement rendu par la juridiction religieuse, le bénéficiaire de ce jugement ne peut l'exécuter à l'encontre des héritiers français (souvent, déjà saisis du patrimoine héréditaire, comme dans l'espèce du 15 janvier 1926), qu'à la condition d'en obtenir l'exequatur du tribunal français, ce qui revient, en vertu de la pratique suivie,

à reviser complètement la sentence de la juridiction tunisienne.

Dans l'opinion, formulée dans le jugement du 15 janvier 1926, on applique au contraire la loi française à la succession d'un *de cujus* tunisien parce que la règle de la loi mosaïque, *normalement* applicable en vertu du décret de 1884, est contraire à l'ordre public métropolitain. « Attendu qu'au regard de la juridiction française établie en Tunisie le territoire de la Régence en vertu du principe d'exterritorialité est territoire français ; — Attendu qu'en France est inapplicable la loi étrangère contraire à l'ordre public français ; — Attendu qu'en Tunisie les Français, devant les tribunaux français sont soumis aux règles de l'ordre public ; — Attendu que les dispositions de la loi mosaïque aux termes de laquelle le mariage contracté entre un Israélite tunisien et une Française n'est pas valable, et d'après laquelle l'enfant issu de ce mariage est exclu de la succession de son père sont contraires à l'ordre public français ».

En réalité, les deux solutions exposées ne sont pas contradictoires. La règle est que la succession est régie par la loi nationale du *de cujus*, mais exceptionnellement, lorsque cette loi est contraire à l'ordre public français, on substitue à cette loi la loi française. Il ne faut pas, sans doute, élargir ainsi le champ d'application de l'ordre public

métropolitain, sinon ce serait neutraliser, paralyser même l'application d'une loi rigoureuse peut-être, mais légalement compétente ; il faut faire appel à cette notion d'ordre public métropolitain avec beaucoup de réserve et une grande prudence. Dans l'espèce soumise au tribunal de Tunis, le fait présentait un intérêt supérieur au droit ; les juges ont cherché une solution équitable, de nature à satisfaire la morale, qui ne permet pas d'écarter un fils et une épouse de la succession d'un père et d'un mari pour des raisons d'ordre religieux, contestables d'ailleurs, comme l'a souligné le tribunal, en faisant appel à une déclaration du Sanhédrin réuni à Paris en 1807 et aux termes de laquelle, étaient reconnus obligatoires et valables civilement les mariages contractés entre israélites et chrétiens, conformément aux règles du Code civil. Le tribunal a voulu protéger la famille, et il a su trouver une solution qui satisfasse et le cœur et l'esprit.

CONCLUSION

Nous avons ainsi terminé l'étude des conflits internationaux de lois qui naissent en Tunisie dans le domaine du droit de famille. Nous avons indiqué les causes de l'originalité des solutions de conflits de lois dans cette branche si fertile du statut personnel et des successions, et nous avons analysé ces solutions si curieuses.

Nous avons montré en passant les déficiences législatives dues pour la plupart à l'incompétence et à l'insouciance administratives. Il faudrait soumettre l'élaboration des décrets d'ordre purement juridique à une commission composée de techniciens, de magistrats et d'avocats. Cette méthode a été utilisée pour les décrets sur les loyers : il faudrait l'étendre à tous les décrets d'ordre purement juridique ; il faudrait surtout ne pas se hâter de plaquer dans un décret tunisien le texte d'une loi française, sans au préalable étudier les conditions du milieu dans lequel ce décret va s'appliquer. Nous avons signalé la contradiction apparente entre le décret du 31 juillet 1884 et le décret du 29 juin 1886, qu'on aurait pu éviter par une disposition expresse, et nous avons essayé de démon-

tre que le législateur tunisien n'avait pas entendu abroger le premier, et introduire en Tunisie pour les Tunisiens le mariage laïque.

Mais les fonctionnaires, après tout, ne sont pas des juristes, et ils peuvent être à la rigueur excusables de ne pas mesurer et prévoir les conséquences des textes de lois qu'ils préparent. Ce qui est bien plus grave, c'est de voir les justiciables tunisiens contraints de s'adresser en appel à une juridiction supérieure, comme la Cour d'Alger, qui méconnaît les principes fondamentaux du régime politique de la Tunisie, — qui confond les conflits internationaux de lois avec les conflits de type colonial, — qui résout tous les conflits tunisiens comme s'ils naissaient en Algérie. Il est inadmissible que les justiciables ne trouvent pas auprès de la juridiction du deuxième degré les garanties de science et de compétence qu'ils trouvent auprès des tribunaux inférieurs de Tunisie. Une réforme radicale s'impose, et aucune raison politique ne doit l'entraver, car il s'agit du bon renom de la justice française dans un pays qui suscite les convoitises de toutes les nations européennes : la création d'une Cour d'Appel à Tunis. La lenteur de la justice est un mal dont souffrent les juridictions de tous les pays ; mais la méconnaissance du droit tunisien, au sens large, l'ignorance de la condition internationale de la Tunisie, voilà des défauts

autrement graves et de nature à jeter le discrédit sur la justice française. L'assimilation de la Tunisie à l'Algérie ? Que le gouvernement Français en prenne l'initiative, s'il le juge opportun ; mais une Cour d'appel n'a pas qualité pour le faire.

Heureusement que la France a su adjoindre aux grands administrateurs de la Tunisie des magistrats d'une vive intelligence, comme MM. Fabry et Berge, qui ont le mérite immortel d'avoir su, de ce régime si confus et si complexe du protectorat, de ce régime basé sur des principes si chancelants, tirer les matériaux nécessaires à l'édification d'une jurisprudence, encore debout à l'heure actuelle. C'est à la magistrature française que revient l'honneur insigne d'avoir su dégager les principes qui nous permettent de nous diriger dans le dédale des lois multiples qui s'appliquent en Tunisie.

Et si l'on songe que la fausse interprétation de la loi étrangère est considérée par la Cour Suprême comme un simple fait échappant à son contrôle, si l'on songe que les tribunaux ont ainsi, dans l'application des lois étrangères, un pouvoir souverain d'appréciation, on peut dire que la France a le droit d'être fière de sa magistrature, en laquelle les puissances étrangères ont placé leur confiance par l'abandon de leurs propres juridictions.

Le passé a prouvé que cette confiance était légitime et bien méritée.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., 12 vol. 1897-1922, revue par M. Bartin à partir du tome VI.
- BARTIN (E.). — *Etudes de droit international privé*. Paris, 1889.
- *Cours de droit civil approfondi* professé en 1925-1926 à la Faculté de Paris.
- *Cours de droit international privé*, professé en 1927-1928 à la Faculté de Paris.
- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*. Paris, 1930.
- BERGE (Stéphane). — *La juridiction française en Tunisie*. Paris, Pichon, 1895, reproduit au *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1895, p. 464.
- *Répertoire alphabétique de la jurisprudence tunisienne* Tunis, Borrel, 1910.
- *La juridiction française au Maroc*. Paris, 1917.
- BESSON (E.). — *La législation civile de l'Algérie*. Prix Rossi, Paris.
- BOMPARD. — *Législation de la Tunisie*.
- CAVE. — *Sur les traces de Rodd Balek*, 1929, édition du comité de l'Afrique française.
- D'ESTOURNELLES DE CONSTANT (P. H. X.). — *La politique française en Tunisie*. Paris, Plon, 1891.
- FÉRAUD-GIRAUD. — *De la juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie*, 1866, 2^e éd.
- GAUDIANI (A.) et THIAUCOURT (P.). — *La Tunisie*. Librairie administrative Dupont, Paris, 1910.
- GEOFFRE DE LAPRADELLE. — *Cours de droit international public pour le doctorat* professé en 1927 à la Faculté de Paris.
- GIDEL. — *Cours de droit constitutionnel* professé en 1922-1923 à la Faculté de Paris.

- GSELL (Stephen). — *Histoire ancienne de l'Afrique du Nord*. Paris, 1924.
- LAGRANGE et FONTANA. — *Codes et lois de la Tunisie*.
- LAPIE (P.). — *Les civilisations tunisiennes*. Paris, Alcan, 1898.
- LARCHER et RECTENWALD. — *Traité de législation algérienne*. Paris, Rousseau.
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel de droit international privé*. Paris, 1924.
- PILLET. — *Cours de droit international privé pour le doctorat*, professé en 1926 à la Faculté de Droit de Paris.
- *Traité pratique de droit international privé*. Paris, 1925.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité pratique de droit civil français*. Paris, Pichon et Durand-Auzias.
- PIC (Paul). — Influence de l'établissement d'un Protectorat sur les traités antérieurement conclus avec les puissances tierces par l'Etat protégé. *Revue Générale de droit international privé*, 1896, p. 613.
- RECTENWALD. — Articles dans la *Revue Algérienne*, notamment note sous R. A. 1920. 2. 82.
- REY (Francis). — *La protection diplomatique et consulaire dans les Echelles du Levant et de Barbarie*. Paris, 1899.
- ROLLAND (Louis). — *Note sur la non-applicabilité de plein droit de lois françaises en Tunisie*. R. A. 1910. 2. 136.
- ROUSSEAU (A.). — *Annales Tunisiennes ou Aperçu historique sur la Régence de Tunis*. Alger, 1864.
- SAUTAYRA et CHARBONNEAU. — *Droit musulman*.
- SAUTAYRA et CHARLEVILLE. — *Code Rabbinique*.
- SAADA (R.). — *Essai sur la justice française en Tunisie*, thèse Lyon, 1928.
- SCEMANA (Raymond). — *Les conflits de lois en Tunisie relatifs au statut personnel*, discours prononcé à la rentrée solennelle de la conférence du stage (publié dans Berge, 1928, p. 8).
- SORBIER DE POUGNADORESSE. — *La justice française en Tunisie*, thèse Montpellier, 1897.
- TIBI (S.). — *Le statut personnel des Israélites, et spécialement des Israélites tunisiens*. Tunis, 1922.
- WEISS (A.). — *Traité de droit international privé*. Paris.
- ZEYS. — *Codes annotés de la Tunisie*.

PUBLICATIONS

Journal officiel tunisien.

Journal officiel français.

Journal des tribunaux de la Tunisie, cité sous le nom de son
fondateur S. Berge.

Echo des tribunaux.

Revue algérienne (R. A.).

Robe.

Gazette du Palais.

Recueil Dalloz.

Recueil Sirey.

Tunisie française.

Presse coloniale.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

CAUSES DE L'ORIGINALITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN TUNISIE

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PREMIER. — La Tunisie en droit public . . .	8
CHAPITRE II. — La Tunisie et les Capitulations . . .	15
CHAPITRE III. — Caractères du conflit de lois en Tunisie.	33

DEUXIÈME PARTIE

LES CONFLITS EN MATIÈRE DE DROIT DE FAMILLE

INTRODUCTION	39
CHAPITRE PREMIER. — Le Mariage	40
<i>Section I.</i> — Les conditions de fond	40
<i>Section II.</i> — Les conditions de forme.	42
1 ^{er} cas. — Mariage entre deux Tunisiens de même religion.	43
2 ^e cas. — Mariage entre deux Européens de même nationalité.	55
3 ^e cas. — Mariages mixtes.	73

CHAPITRE II. — Les effets du mariage	80
CHAPITRE III. — Le régime matrimonial	99
Introduction	99
A) Les deux époux sont Tunisiens.	100
B) Les deux époux sont Français	101
C) Les deux époux sont de nationalité différente.	110
a) Mariage d'un Français avec une Tunisienne.	110
b) Mariage d'un Tunisien avec une Française	112
CHAPITRE IV. — Le divorce et la séparation de corps.	116
Introduction	116
I. — L'aptitude au divorce.	117
A) Les deux époux sont de nationalité française.	117
B) Les deux époux sont de nationalité différente.	120
II. — Les causes	123
III. — Les effets.	126
CHAPITRE V. — Les successions.	127
CONCLUSION.	139
BIBLIOGRAPHIE	141
TABLE DES MATIÈRES	145

VU : *Le Président,*
G. RIPERT.

VU : *Le Doyen de la Faculté,*
H. BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

